

A. I. N° - 110427.0001/04-7
AUTUADA - O BARATINHO DA MODA LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 01. 06. 2005

4º JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0169-04/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, tanto diferenças de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Para os exercícios de 2000 a 2003, foram considerados os créditos fiscais pelas aquisições das mercadorias entradas no estabelecimento acobertadas de documento fiscal, uma vez que o tratamento dado (apuração do imposto pelo regime simplificado) assegura ao contribuinte o direito de compensação dos mesmos, para preservar a legalidade da exigência fiscal, o que diminuiu o valor do imposto inicialmente apurado. Em relação ao exercício de 1999, deve ser calculado o imposto pelo Simbahia. Não acolhidas às argüições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/2/2004, reclama ICMS no valor de R\$18.335,14, acrescido da multa de 70% em decorrência da falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercícios de 1999 a 2003).

O autuado (fls. 71/77), preliminarmente, informou que o endereço para correspondência a ele dirigida deveria ser o do seu contador tendo em vista de que o estabelecimento encontra-se com suas atividades encerradas. Em seguida, impugnou, em sua totalidade, o lançamento fiscal.

Como razões à nulidade da autuação, aduziu o descumprimento das determinações do art. 46, do RPAF/99, que transcreveu. Disse que tanto por ocasião do início e do encerramento da ação fiscal não foram entregues todos os termos, demonstrativos e levantamentos realizados, cerceando o seu direito de defesa. Nesta linha de raciocínio, explicou qual deveria ser o procedimento legal do autuante e afirmou não ter recebido cópia do Termo de Início de Fiscalização, do Cálculo da TVA, e da Auditoria de Estoque referente aos exercícios de 1999 a 2003. Somente tomou conhecimento destes documentos após vistas do processo, em última hora, o impedindo de averiguar a veracidade dos fatos.

No mérito, transcrevendo a irregularidade a ele imputada, afirmou que o preposto fiscal ao desconsiderar que a empresa encontrava-se enquadrada no SimBahia, como microempresa, não atentou para as determinações dos art. 383-A, 386-A, 408-A e 408-C, VI, do RICMS/97, que transcreveu, e das orientações insertas no Manual de Orientação para Fiscalização de Contribuintes Optantes pelo SimBahia, editado em junho de 2000. Como o autuante nelas não se pautou, disse não ter

havido qualquer motivo para apuração do ICMS pelo regime normal.

Ressaltou que caso a fiscalização viesse a acostar novos documentos aos autos, que lhe fosse devolvido o seu prazo de defesa.

Explicando as determinações do art. 962, do RICMS/97, quando foi veemente em afirmar que não houve verificação de provas materiais para concretização do lançamento fiscal, requereu:

1. a declaração de nulidade ou improcedência do Auto de Infração;
2. fossem deferidos todos os seus pedidos expostos, inclusive fosse reconhecido o direito de recurso, perícia e demais meios de prova e contra prova em direito admitidos;
3. marcada data de julgamento, que fosse informado pessoalmente, no prazo legal, para que pudesse exercer seu direito de apresentar sustentação oral (art. 163, RPAF/99), sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Prestando sua informação fiscal (fls. 89/91), o autuante esclareceu, de início, que o Auto de Infração decorreu de pedido de baixa da inscrição estadual do contribuinte. Nesta situação, e de modo geral, os estabelecimentos se encontram fechados, caso da empresa autuada, conforme confirmou o defendant. Assim, os livros e documentos foram obtidos junto ao contador da empresa e, quando do encerramento da fiscalização os sócios não foram localizados para que lhes fosse entregue, com a devolução do material examinado, o Auto de Infração com os respectivos anexos. No entanto, por lapso, só foram juntados ao processo os relatórios dos resultados finais das omissões, cujos anexos estariam sendo, nesta oportunidade, apensados aos autos e reaberto prazo de defesa.

Quanto à falta de entrega de cópia do Termo de Início de Fiscalização, como não havia sido fornecido à fiscalização o Livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, ele foi afixado à fl. 38, verso, do Livro Registro de Inventário, cuja anotação consta da parte superior do referido termo, sendo o livro devolvido através do escritório de contabilidade, conforme recibo de 8/2/2004. Quanto ao cálculo da TVA, este consta à fl. 7 do processo, de cujo demonstrativo o autuado tomou conhecimento quando do atendimento à intimação (fl. 67), pois deveria ter solicitado cópia que se encontrava apensa aos autos.

Em relação ao argumento defensivo de não ser possível à realização de uma auditoria dos estoques pelo fato da sua condição de microempresa, observou que tal situação não impedia a realização do roteiro da Auditoria de Estoque ou qualquer outro.

Ratificou o procedimento fiscal.

Chamado para tomar conhecimento da manifestação do autuante e dos novos documentos anexados ao processo, o impugnante (fls. 106/109) manifestou, mais uma vez, sua irresignação por não ter recebido toda documentação e demonstrativos que, e inclusive, deveriam ter sido apresentados ao seu contador, no seu escritório, já que o autuante a ele se dirigiu quando do início da ação fiscal. Na situação posta, continuou, os dez dias concedidos não foram suficientes para realizar os mesmos levantamentos elaborados pelo autuante.

Ratificou que por ocasião do encerramento da ação fiscal somente lhe foram entregues a intimação para que seu representante comparecesse no prazo de 30 dias à Inspetoria, o Auto de Infração em duas laudas e o Demonstrativo de Débito em duas laudas, faltando os seguintes documentos: cópia do Termo de Início de Fiscalização, Cálculo da TVA para efeito de quantificação e concessão dos créditos Fiscais e a Auditoria de Estoque referente aos exercícios de 1999 a 2003. Neste sentido entendeu incontestável a caracterização do cerceamento do seu direito de defesa, de conformidade com o art. 18, II, do RPAF/99, que transcreveu.

Requeru, em seguida, a improcedência da ação fiscal e reiterou todos os pedidos anteriormente feitos.

O autuante em nova manifestação (fl. 111), ratificou todo seu anterior posicionamento a respeito da

entrega dos documentos questionados.

Solicitou, ainda, que não fosse acatado o pedido de revisão fiscal formulado pelo defendant, uma vez que ele não havia apresentado elementos e subsídios que desconstituíssem os levantamentos acostados ao processo, que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração.

Diante das razões de defesa e da análise das peças processuais, esta 4ª JJF baixou os autos em diligência solicitado ao autuante que adotasse as seguintes providências (fls. 113/114):

1. Para o exercício de 1999, conhecendo, como já feito, o valor das omissões de saídas, ajustasse a cobrança do imposto ao método de apuração simplificado – SimBahia, observando o disposto no art. 386-A do RICMS/97, para se conhecer se o contribuinte tinha, ou não, imposto a recolher.
2. Em relação aos exercícios de 2000 a 2003, considerasse para a concessão dos créditos fiscais, as determinações da Lei nº 7.357/98, alterada pela Lei nº 8.534/02.
3. Anexasse, aos autos, todos os levantamentos efetuados, ou seja, levantamento das entradas, das saídas e do cálculo do preço médio.

Após estas providências, foi pedido que a Repartição Fiscal desse a conhecer, contra recibo, ao autuado todos os papéis de papéis de trabalho efetuados pelo autuante conforme solicitado por esta JJF, bem como de todos os levantamentos realizados (os levantamentos analíticos e sintéticos) e que fosse comunicado ao sujeito passivo a reabertura de prazo de defesa de 30 dias.

Cumprindo o que foi solicitado por este Colegiado (fls. 118/119) o autuante, inicialmente, esclareceu que o computador, utilizado para confeccionar o Auto de Infração, havia sido submetido a conserto, ocasião que foram apagados todos os registros existentes em sua memória, haja vista a reinstalação do Windows. Desta forma, a única alternativa que encontrou foi elaborar um novo levantamento, considerando os mesmos itens e com base na mesma documentação apresentada quando da ação fiscal, compreendendo entradas, saídas e cálculo do preço médio, na forma determinada, cujos demonstrativos estavam sendo devidamente juntados aos autos. Ressaltou, em seguida, que algumas divergências foram verificadas em relação ao levantamento anterior, ocasionadas, principalmente, por erro verificado no preço médio dos produtos, que corrigiu.

Quanto ao exercício de 1999, elaborou planilha de cálculo do imposto pelo método simplificado – SimBahia. Na ocasião do refazimento dos cálculos das omissões, apurou omissão de saídas de mercadorias no exercício no total de R\$40.376,53, que somada com a quantia de R\$25.893,25, correspondentes às saídas regularmente declaradas pelo autuado, obteve o montante de R\$66.269,78 e imposto a recolher neste exercício no valor de R\$75,00. Nesta oportunidade, discordou da aplicação deste método de apuração, entendendo que conforme determinações do art. 17, da Lei nº 7.357/98, o contribuinte perdia o direito a este tratamento tributário.

Em relação aos exercícios de 2000 a 2003, apresentou novo levantamento (demonstrativos anexos), considerando as correções efetuadas e com a concessão do crédito fiscal de 8%.

Chamado para tomar conhecimento da diligência, quando foram entregues todos os papéis de trabalho produzidos pelo autuante e reaberto prazo de defesa (fl. 242), o sujeito passivo manifestou-se (fls. 244/250), acusando que seu contador os recebeu. Entretanto este fato não poderia suprir a falha existente quando da ciência do Auto de Infração, quando houve cerceamento do seu direito de defesa.

A respeito da afirmativa feita pelo autuante, quando de sua informação fiscal, de que não havia localizado os sócios da empresa, ressaltou ser ela inverídica, pois o sócio, Sr. Paulo Roberto Brito Cardoso juntamente com o contador, haviam estado na Inspetoria para saber do andamento da baixa da inscrição estadual da empresa, ocasião que entrou em contato com o preposto fiscal, quando foi dada ciência da fiscalização. Por este motivo, entendeu nulo o Auto de Infração.

Reafirmou, que não lhe foi devolvido o seu prazo de defesa, conforme determina o art. 18, do RPAF/99. Que o prazo concedido foi de dez dias, o que lhe impossibilitou de analisar se havia, ou

não, erros no levantamento fiscal.

Tornou a dizer não ter recebido cópia do Termo de Início de Fiscalização, do Cálculo da TVA, e da Auditoria de Estoque referente aos exercícios de 1999 a 2003. Somente tomou conhecimento destes documentos após vistas do processo, em última hora, o impedindo de averiguar a veracidade dos fatos. Nesta oportunidade, transcreveu as determinações do art. 18, II, do RPAF/99.

No mérito, concordou com o método de apuração aplicado e solicitado por este Colegiado em relação ao exercício de 1999, aceitando o valor do imposto apurado, quando da diligência fiscal. Em relação aos demais exercícios, solicitou diligência fiscal para que o imposto fosse calculado pelo método do SimBahia.

Por fim, requereu a nulidade ou a improcedência da autuação.

O autuante novamente manifestou-se (fl. 257) ratificando a informação prestada anteriormente. Afirmou, ainda, que quando do encerramento da ação fiscal, não havia localizado os sócios da empresa. O contador não se dispôs a receber cópia do Auto de Infração e seus anexos alegando não poder assumir tal responsabilidade. Porém havia recebido, em devolução, todos os documentos fiscais examinados, conforme cópia do protocolo apensado à fl. 101 dos autos.

VOTO

O autuado solicitou, preliminarmente, que todas as intimações referentes à presente autuação fossem enviadas ao seu contador, já que o estabelecimento não mais funciona. A autuação teve como base o seu pedido de baixa de inscrição cadastral junto a esta Secretaria da Fazenda. É pedido que nada obste a ser concedido, embora não seja invalida a comunicação aos sócios da empresa.

Antes de adentrar no mérito da autuação, é necessário o meu pronunciamento sobre as alegações de nulidade suscitadas pelo deficiente.

Na primeira, alega o cerceamento do seu direito de plena defesa, pois a ele não foram entregues todos os levantamentos e demonstrativos produzidos. Este é fato pertinente a ser considerado. Na fase de instrução processual, observei que o autuante não havia anexado ao processo os demonstrativos analíticos que compuseram os demonstrativos sintéticos do levantamento quantitativo dos estoques por espécie de mercadorias, ou seja, levantamento das entradas, das saídas e cálculo do preço médio, bem como não estava comprovado que o impugnante havia recebido todos os levantamentos efetuados, conforme determinações do art. 46, do RPAF/99 (o Auto de Infração deverá ser acompanhado de todos os termos, levantamentos e demonstrativos que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos nele narrados), conforme alegado. Nesta circunstância os autos foram baixados em diligência, ocasião em que foram refeitos todos os papéis de trabalho, tendo em vista defeito no computador da Inspetoria. Todos os levantamentos fiscais foram entregues ao autuado, conforme Intimação à fl. 242 do PAF, inclusive a informação fiscal e o pedido feito por este Colegiado, cujas cópias foram apensadas aos autos pelo próprio impugnante. Em vista deste saneamento e de acordo com o art. 18, § 1º, do RPAF/99, a irregularidade, que poderia levar ao cerceamento de defesa do contribuinte deixou de existir, não havendo mais pertinência que o deficiente voltasse a insistir na questão quando de sua última manifestação. Por oportuno, observo que os livros e documentos fiscais já haviam sido entregues ao autuado anteriormente, como prova o protocolo à fl. 101.

Quanto ao Termo de Início de Fiscalização, que o impugnante disse não ter recebido, o mesmo foi transscrito no livro Registro de Inventário já que, ao autuante, não lhe foi entregue o livro de ocorrências. Ao lado desta constatação, provado nos autos que o impugnante foi intimado para apresentar livros e documentos em 3/2/2004, ocasião em que o seu preposto apôs sua assinatura confirmado o recebimento deste Termo. Conforme determinações do art. 26, II, do RPAF/99 (Dec. n° 7.629/99) com este termo a legislação estadual considera iniciado o procedimento fiscal. Na situação, não existe causa ao cerceamento de defesa.

Na segunda, ainda defendendo o cerceamento do seu direito de defesa, alegou que somente lhe foi dado prazo de dez dias para se defender. Aqui existe um equívoco do impugnante. De fato, quando o autuante entregou a empresa os demonstrativos analíticos do levantamento fiscal e lhe devolveu a documentação apresentada ao fisco, a Inspetoria somente lhe concedeu prazo de dez dias. No entanto, este Colegiado lhe devolveu todo o prazo de defesa, ou seja, trinta dias, conforme solicitação feita (fl. 114) e cumprida pela Repartição Fiscal (fl. 242). Mais uma vez, o problema foi sanado, não havendo mais motivo para se prosseguir com este argumento.

O contribuinte ainda se insubordinou quanto a auditoria fiscal aplicada, entendendo que ela não era adequada para as empresas enquadradas no Simbahia, dizendo, inclusive, que não foram seguidas as orientações emanadas do Manual de Orientação de fiscalização para empresas do seu porte. O enquadramento do contribuinte no SimBahia em qualquer momento invalida ou inviabiliza que o Fisco Estadual exerça controle sobre suas receitas, ou seja, verifique a ocorrência do fato gerador do imposto e, caso detecte qualquer omissão, sobre, de ofício, o imposto apurado. Assim, qualquer auditoria legalmente autorizada pode, e deve, ser aplicada visando resguardar os interesses do Estado. Embora não esteja obrigado a escriturar os livros Registro de Entradas e de Saídas, tendo em vista sua condição de empresa de pequeno porte comercial, está obrigado, entre outras, a emitir nota fiscal, quando de suas vendas e guardá-las, ordenadamente, juntamente com aquelas referentes à todas as suas aquisições (art. 408-C, inciso II, alíneas “a” e “b” do RICMS/97), além do que, obrigado a manter o livro Registro de Inventário e apresentar DME, com registros fieis de suas transações comerciais do ano anterior (art. 408-C, inciso V e VI do RICMS/97). Portanto, na sua condição, pode ser realizado qualquer levantamento fiscal, através da contagem dos seus estoques, pois todos os documentos, base da auditoria procedida, o autuado é obrigado a possuir, não sendo necessária a sua escrituração. Nesta situação, a auditoria realizada cumpriu as determinações da legislação tributária e seguiu fielmente as orientações emanadas do Manual de Fiscalização desta Secretaria da Fazenda.

Por fim, como último argumento de nulidade por cerceamento de defesa, o contribuinte afirma que este Colegiado está obrigado a lhe comunicar, pessoalmente, do dia da sessão de julgamento. Este procedimento não tem base legal. Pelas determinações legais o dia da sessão de julgamento é publicado no Diário Oficial e, atualmente, também publicado na Internet no site da Secretaria da Fazenda. Não tem qualquer motivação para ser considerado tal argumento.

No mérito, a infração exige ICMS apurado através de levantamento quantitativo dos estoques, onde foram detectadas omissões de saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais. O autuado não trouxe aos autos qualquer prova para desconstituir as diferenças apuradas, conforme determinações do art. 123, do RPAF/99. A sua defesa se pautou exclusivamente de que não pode contestá-las tendo em vista o não recebimento dos levantamentos fiscais e a não consideração do prazo legal de defesa. Estes argumentos já foram analisados e superados. Portanto, considero corretas as quantidades e valores indicados pelo autuante, quando de sua informação ao pedido feito por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Ressalto, nesta oportunidade, de que a insubordinação do autuante, quanto ao método do SimBahia para a cobrança do imposto relativo ao exercício de 1999 e do autuado, quanto ao método normal de apuração do imposto nos exercícios de 2000 a 2003, são equivocadas.

Como o autuado se encontrava enquadrado no Simbahia devem ser observadas as determinações da Lei nº 7.357/98, que instituiu o referido regime. Até outubro de 2000, esta lei em seu art. 19, determinava que o imposto seria exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, quando se constatasse quaisquer das situações previstas nos seus arts. 15, 16, 17 e 18. O caso em análise, enquadra-se no art. 15, V da citada Lei, ou seja, houve a ocorrência da prática de uma infração de natureza grave. Porém este mesmo inciso determinava que as infrações consideradas graves eram aquelas elencadas em regulamento, ou seja, no RICMS/97, que somente inseriu as infrações especificadas no inciso III do art. 915 do Regulamento (art. 408-L, V) através da Alteração nº 20 - Decreto nº 7.867, de 01/11/00 publicado no DOE de 02/11/00. Portanto, a norma

tributária antes de outubro de 2000 não previa a perda do direito do contribuinte de sua situação em recolher o imposto conforme previsto no Simbahia, mesmo que fosse constatada a prática de atos de natureza grave. Porém a partir de novembro de 2000, a lei, como acima exposto, sofreu modificação e o contribuinte perdeu o direito da adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS, ou seja, o imposto deve ser calculado aplicando-se a alíquota de 17%. Porém, visando não ferir o princípio da não-cumulatividade do ICMS, é garantido o direito ao contribuinte dos créditos fiscais sobre as suas aquisições de mercadorias, conforme determina a Lei nº 8.534/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98. Por esta nova redação, o imposto deve ser exigido com base nos 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). Diante deste contexto é que foi solicitado por esta Junta de Julgamento Fiscal que o autuante refizesse o levantamento fiscal referente ao exercício de 1999. Para os demais exercícios o método utilizado pelo preposto fiscal está correto. Nesta oportunidade, observo de que não mais existe a necessidade de se calcular qualquer MVA, já que a própria lei determinou o percentual a ser aplicado como crédito fiscal.

Pelo exposto, voto pela procedência parcial da autuação, ressalvando que a multa aplicada, em relação ao exercício de 1999 é aquela prevista pelo art. 42, I, “b”, da Lei nº 7.014/96, pois o contribuinte não perdia sua condição de recolher o imposto pelo SimBahia, ou seja, na forma deste regime estabelecido.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

CÓDIGO DE DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA (%)
10	31/12/1999	9/1/2000	75,00	50
10	28/12/2000	9/1/2001	1.605,10	70
10	31/12/2001	9/1/2002	3.224,62	70
10	30/12/2002	9/1/2003	3.689,88	70
10	31/12/2003	9/1/2004	794,99	70
TOTAL			9.389,59	

Voto pela procedência parcial da autuação no valor de R\$9.314,59.

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 110427.0001/04-7, lavrado contra **O BARATINHO DA MODA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.389,59**, sendo R\$75,00, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$9.314,59, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III da lei supracitada com os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO- PRESIDENTE

MONICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR