

A. I. Nº - 206926.0016/05-3  
AUTUADO - HELLEN BARRETO LTDA.  
AUTUANTE - DELSON ANTONIO BARBOSA AGUIAR  
ORIGEM - INFRAZ ITAMARAJU  
INTERNET - 16.09.2005

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0321-01/05**

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo período, diferenças tanto de saídas como de entradas, através de levantamento quantitativo, se o valor das saídas omitidas for superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infração confirmada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/05/2005, exige imposto no valor de R\$5.772,69, pela falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de saídas - apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, período de 01/01/05 a 27/04/2005.

O autuado, às fls. 21 a 28, apresentou defesa alegando que sem embargos de existir quaisquer diferenças nos estoques, o fato é que o imposto advindo da atividade da empresa deve ser tomado como base o seu enquadramento como EPP – Empresa de Pequeno Porte. Ainda que razão assistisse ao autuante, a alíquota para apuração do quantum devido teria que ser o previsto no regime fiscal que se encontra enquadrado, portanto, tem o direito de enquanto não for desenquadrado no regime de microempresa, de recolher os tributos na alíquota prevista para as suas operações.

Transcreveu emendas dos Acórdãos JJF nºs 0123-01/04 e 0098-01/04, em que foram reduzidos os valores dos débitos adequado-os ao que determina das disposições do SimBahia. Asseverou que desta forma, se mostra desmotivada, exacerbada e desproporcional a aplicação da alíquota de 17% e, corroborando a sua tese do recorrente invocou os princípios constitucionais da motivação e da proporcionalidade que esteiam a administração pública, citando trechos de lições dos doutrinadores, Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes, além de decisão do STF, sobre o princípio da proporcionalidade.

Asseverou que depois do julgado pelo STF (Recurso Extraordinário nº 188.331, em 21/09/51, os ministros da corte suprema implicitamente aplicaram o princípio da proporcionalidade, reconhecendo a inconstitucionalidade de norma legal em face da ausência de razoabilidade, os tribunais superiores passaram a proferir decisões em que os conceitos de proporcionalidade e de razoabilidade foram utilizados como parâmetro para o controle da constitucionalidade não só nos atos administrativos como no legislativo, citando lições do professor Celso Antonio Bandeira de Mello.

Solicitou fosse expurgado o excesso aqui apontado para o restabelecimento da normalidade do fato em questão. Requeru que o Auto de Infração seja julgado improcedente em sua totalidade,

o afastamento da aplicação da alíquota de 17% refazendo-se os cálculos dos impostos na forma prevista na modalidade de recolhimento na qual se encontrava enquadrado o autuado, na época do fato gerador e requereu, ainda, todo gênero de prova em direito admitido, inclusive pericial, reservando-se para indicar assistente técnico e formular quesitos, se deferida a perícia, o que logo requer.

O autuante, à fl. 30, informou ter seguido todos os trâmites legais e formais e que o período de apuração do levantamento quantitativo de estoque em aberto foi de 01/01/05 a 27/04/05, e a empresa se encontra na condição de “normal” desde 01/08/2003, não havendo nenhuma irregularidade na fiscalização.

## VOTO

Na presente ação fiscal o lançamento do crédito tributário foi apurado, mediante levantamento quantitativo de estoques (exercício aberto), tendo sido identificado diferenças de quantidades por omissão de entradas e de saídas, exigindo-se o imposto sobre o maior valor monetário, no caso, sobre as omissões de saídas.

No tocante aos argumentos de constitucionalidade, tenho a ressaltar que nos termos do art. 125 da Lei 3.956/81 e do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a declaração de constitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei ou ato normativo emanado de autoridade superior. O autuante fundamentou a infração e indicou a multa com base no RICMS/97 e a mesma guarda consonância com a Lei nº 7.014/96.

Analizando as peças processuais constato que o autuado não impugna o mérito da ação fiscal, já que além da argüição de constitucionalidade acima rebatida, protesta em relação a alíquota de 17% aplicada sobre o valor das omissões detectadas, fundamentando que à época da ocorrência dos fatos se encontrava na condição de empresa de pequeno porte – SimBahia, trazendo ao processo emendas de Acórdãos deste Colegiado em que foram adequadas as normas previstas pelo regime simplificado de apuração (Acórdãos JJF nºs 0123-01/04 e 0098-01/04).

Razão teria o autuado se os fatos tivessem ocorridos no período de 01/01/99 a 31/10/2000, época em que não havia previsão legal para exigência do tributo na condição de regime normal, na apuração de irregularidades consideradas de natureza grave. No entanto, tal disposição legal teve vigência a partir de 01/11/00, com a alteração do inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, mediante Decreto nº 7867/00, 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.*

Também, a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98. Por esta nova redação, o imposto apurado em razão de omissão de saídas 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).

Não assiste razão ao autuado, já que restou demonstrado nos autos, mediante extrato emitido pelo Sistema de Informatização da SEFAZ, que o autuado foi desenquadrado do regime

simplificado de apuração desde o mês de agosto de 2003, tendo a partir do desenquadramento tratamento de regime normal de apuração e, o período da ocorrência do fato aqui em exame é de 01/01/2005 a 27/04/2005, posterior ao seu desenquadramento do SimBahia.

Vale ressaltar, inclusive, que toda a tese da defesa foi no sentido de que o imposto exigido fosse adequado às normas do SimBahia, fundamentando que no período fiscalizado o mesmo ainda estava enquadrado no citado regime, o que ficou demonstrado não ser a verdade dos fatos.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206926.0016/05-3, lavrado contra **HELLEN BARRETO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.772,69**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR