

A. I. Nº - 299130.0050/08-0  
AUTUADO - ZALCBERGAS COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS  
ORIGEM - INFAZ ATACADO  
INTERNET - 19/03/2010

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0037-03/10

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. VALOR DAS SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. Detectando-se omissão tanto de entradas como de saídas, deve ser exigido o ICMS correspondente à diferença de maior expressão monetária. No caso, deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saída omitidas. Infração subsistente. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Refeitos os cálculos para exclusão de notas fiscais de simples remessa indevidamente consideradas na apuração. Infração parcialmente subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. MULTA PERCENTUAL. APLICAÇÃO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado. Entretanto, à época dos fatos geradores, não existia previsão legal à aplicação da penalidade. Infração elidida. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

#### RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2009, é exigido o valor de R\$ 20.908,43, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2005 e 2006, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 18.291,19, acrescido da multa de 70%, conforme demonstrativos de estoque extraídos do SAFA, fls. 68 a 210;

02 – recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia –, nos meses de março a maio, setembro, novembro e dezembro de 2004, sendo exigido imposto no valor de R\$ 528,93, acrescido da multa de 50%, em conformidade com demonstrativos de cálculo, fls. 54 a 66;

03 – multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades com fins de comercialização e devidamente registradas na escrituração.

tributada normalmente, sendo exigido o valor de R\$2.088,31, conforme demonstrativos de cálculo fl. 11 a 52.

O autuado ingressou com impugnação ao lançamento tributário às fls. 320 a 323, transcrevendo, inicialmente, o teor das três infrações objeto do presente Auto de Infração, em seguida, destaca o seu bom relacionamento com o Fisco, bem como, a reconhecida capacidade técnica dos prepostos fiscais da SEFAZ-BA.

Ressalta que desenvolve suas atividades de maneira lícita e transparente diante das obrigações tributárias, esclarecendo que comercializa praticamente cem por cento dos seus produtos para órgãos públicos e que é cumpridora de todas as exigências preceituadas na Lei 8.666/91. Diz que as vendas foram efetuadas com alíquota de 17% sobre o valor das mercadorias vendidas, portanto, sobre o valor integral.

Em relação à Infração 01 aduz que o valor mensurado como base de cálculo fora arbitrado pelo fiscal sem atentar para o percentual aplicado nas vendas. Assevera que o auditor não considerou os créditos nas entradas. Ressalta que a forma de apuração da base de cálculo por arbitramento, neste caso, é extremamente injusta, pois, aceitando-se como verdadeiro o valor apurado equivocadamente pelo autuante, prejuízo algum causaria ao Estado, pois, as saídas foram tributadas pela alíquota integral, ou seja, dezessete por cento, portanto, caso seja mantido o arbitramento ficará caracterizada a bitributação.

Argumenta ainda que, como as vendas encontradas representam a totalidade das operações, não poderia ser caracterizada como sonegação, mesmo porque, destaca, o contrário seria verdadeiro, caso fosse encontrado estoque contábil e nenhum estoque físico além do que tivesse sido vendido, portanto, não foi o que ocorrera.

Conclui pedindo a nulidade do arbitramento da base de cálculo, pois, segundo seu entendimento, além do equivocado mecanismo de apuração, inexistiu congruência com os princípios da *não-cumulatividade* e *in dubio pro contribuinte*.

Quanto à Infração 02, afirma que no levantamento fiscal foram consideradas, para efeito de apuração do imposto SimBahia, notas fiscais de simples remessas e outras saídas não tributáveis, e que por isso, fora encontrada uma base de cálculo diferente da apurada por ele, na qual não foram consideradas as aludidas notas fiscais, por não fazer parte da base de cálculo, conforme planilha e cópias das referidas notas fiscais que anexa às fl. 330 a 356.

No que diz respeito à Infração 03, afirma que a multa aplicada foi levantada através das informações transmitidas ao fisco em arquivo magnético do SINTEGRA, e não pelas notas fiscais originais. Assevera que o imposto devido já fora recolhido nos meses originais das respectivas notas fiscais e o arquivo magnético fora transmitido de maneira incorreta a partir do mês de novembro, quando sua empresa passou para a condição de normal. Arremata esclarecendo que as notas fiscais lançadas no mês de novembro de 2005 eram de meses anteriores já apuradas e já pagas e algumas fora de períodos anteriores à vigência do referido imposto.

Conclui solicitando a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 358 a 359, depois de discorrer acerca das alegações apresentadas na defesa apresentou para cada uma das infrações ponderações a seguir alinhadas.

Infração 01 – esclareceu que não trata de arbitramento de base de cálculo, nem de alíquota de entrada ou saída das mercadorias e sim da omissão de entrada de mercadorias, como aduziu o autuado. A base de cálculo foi apurada mediante a constatação de saída de mercadorias tributadas maior do que a entrada conforme “Demonstrativo de Cálculo das Omissões” fls. 70 a 73. O cálculo aplicado pelo sistema SAFA da SEFAZ consiste em multiplicar do maior valor monetário das mercadorias tributadas no último mês em que houve apresentação omissão, em conformidade com o artigo 938, § 3º do

da entrada de mercadoria desacompanhada de nota fiscal - omissão de entrada. Conclui asseverando que é inadmissível falar em crédito quando a operação não foi acobertada por documentação fiscal.

Infração 02 – informa que, efetivamente, as notas fiscais nº 1280, 1289, 1296, 1310, 1328, 1333, 1334, 1412, 1411, 1461, 1460, 1464, 1489, 1491 e 1466, que se referem a simples remessas ou outras saídas com tributação suspensa, foram devidamente excluídas do cálculo do ICMS SimBahia de 2004, ficando esta reduzida de R\$528,93 para R\$ 74,33, conforme planilhas e demonstrativos, fls. 361 a 367.

Infração 03 – diz que a alegação do impugnante não tem nenhuma procedência, ao contrário reforça o motivo da autuação, tendo em vista que não cobrou ICMS e sim MULTA percentual de 60% (sessenta por cento) pelo recolhimento de ICMS antecipação parcial fora do prazo estabelecido do RICMS, conforme artigo 125, inciso II. Finaliza enfatizando que a argumentação apresentada não traz aos autos provas capazes de ilidir ou reduzir numericamente as penalidades, que foram aplicadas com fundamento nos documentos e livros fiscais apresentados pelo contribuinte.

Conclui requerendo a declaração de procedência do auto de infração deduzindo o valor de R\$454,60, passando de R\$20.908,43 para R\$20.453,83.

O autuado se manifesta acerca da informação fiscal, fl. 371, e, com base no novo cálculo do débito exigido no Auto de Infração elaborado pelo autuante em sua informação fiscal que reduziu o lançamento de ofício de R\$20.908,43, para R\$20.453,83, solicita que seja reduzido no valor de R\$454,60 o montante do parcelamento por ele requerido e deferido no valor integral do débito inicialmente lançado.

Constam dos autos, fls. 374 e 375, demonstrativos do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, discriminando o parcelamento integral do débito lançado no presente Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente, embora invocada de forma difusa em relação à infração 01, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, tendo em vista que, além da referida infração, o Auto de Infração foi lavrado em total harmonia com as formalidades legais vigentes e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18. Ademais, constato que o levantamento fiscal elaborado pelo autuante discrimina de forma clara e objetiva as diferenças apuradas, não remanescendo dúvida alguma quanto ao valor apurado. Eis que, além do procedimento ter sido lastreado de acordo com o RICMS/97 e com a Portaria 445/98, o sujeito passivo não apontou na peça defensiva, de forma objetiva e inequívoca, vício ou inconsistência que pudesse macular o lançamento de ofício.

No mérito, o Auto de Infração refere-se a três imputações, as quais, o sujeito passivo, apesar de ter inicialmente impugnado todos os itens da autuação, posteriormente requereu e obteve o deferimento do parcelamento integral do débito, o que caracteriza ter reconhecido tacitamente as irregularidades apuradas na ação fiscal. É o que, claramente se depreende dos demonstrativos discriminando os detalhes do parcelamento emitido pelo Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, colacionados às fls. 374 e 375 dos autos.

De plano, constato que, com exceção da infração 02, os procedimentos fiscais foram realizados atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta, haja vista que está amparada em demonstrativos, tendo estes sido lastreados na documentação e nos livros fiscais do contribuinte.

A Infração 01 que trata de omissão de saídas de mercadorias tributadas, com base na documentação fiscal e apurada através de levantamento quantitativo, não foi comprovada.

de mercadorias nos exercícios fechados de 2005 e 2006, depois de examinar os demonstrativos de apuração acostados às fls. 70 a 73, verifico que não deve prosperar a argumentação da defesa de que não foram considerados os créditos fiscais nas entradas e a alíquota de 17% nas saídas, tendo em vista que se refere a levantamento quantitativo de estoques, o autuante adotou metodologia consoante previsão contida no art. 60, inciso II, alínea “a” e § 1º do RICMS/97 e na Portaria 445/98, estando, portanto, correta. Por esta razão, resta perfeitamente caracterizada a infração 01.

Assim, mantenho a citada infração na íntegra.

No que se refere à infração 02, que versa sobre o recolhimento a menos do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração – SimBahia, depois de examinar os elementos constantes dos autos, constato que assiste razão ao autuado, ao alegar em sua defesa que o levantamento fiscal considerou indevidamente notas fiscais de nºs 1280, 1289, 1296, 1310, 1328, 1333, 1334, 1412, 1411, 1461, 1460, 1464, 1489, 1491 e 1466, de simples remessas e de outras saídas com tributação suspensa.

O próprio autuante em sua informação fiscal, com base na documentação apresentada, fls. 331 a 356, acolheu o pleito do contribuinte, refazendo o demonstrativo de apuração do débito que resultou na redução no valor inicialmente apurado de R\$528,93, para R\$74,32, ou seja, uma diminuição de R\$454,60, consoante planilhas colacionadas às fls. 360 a 367.

Assim, depois de constatar a correção do novo demonstrativo de apuração de débito elaborado pelo autuante, fl. 361, considero parcialmente caracterizada a infração 02.

A infração 03 que cuida da multa percentual sobre o imposto que deveria ser recolhido por antecipação parcial referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, devidamente registrada na escrita fiscal e com saída posterior normalmente tributada.

Saliento que a aplicação da multa no percentual de 60% sugerida pelo autuante encontra-se prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da lei nº 7.014/96, e somente passou a incluir em seu alcance o instituto da antecipação parcial com o advento da redação dada pela Lei nº. 10.847 de 27/11/2007, portanto, em data posterior a ocorrência dos fatos geradores, objeto da presente infração.

Sendo assim, comungo com o entendimento emanado da 2ª CJF no Acórdão CJF Nº 0351-12/09 que ao tratar da mesma matéria não acolheu a aplicação da multa, reformando a decisão de primeira instância, sob o fundamento de que, por se tratar de “norma sancionatória” devem prevalecer a aplicação dos princípios da tipicidade cerrada e da irretroatividade das normas que cominam sanções.

Por isso, julgo improcedente a infração 03.

Com as correções procedidas nas formas supra referidas, o presente Auto de Infração, cujo débito, fora originalmente lançado de ofício no valor de R\$20.908,43, fica reduzido para R\$18.365,51.

No que pertine à solicitação do autuado, fl. 371, para que seja deduzido do valor do parcelamento integral do débito a ele concedido, o montante de R\$454,60 que fora reduzido da infração 02, informo que esse procedimento somente poderá ser realizado através de requerimento e processo específico na inspetoria de sua jurisdição após o lançamento definitivo no Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, o resultado do julgamento.

Ante o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda em unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 0037-03/10.

contra **ZALCBERGAS COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.365,51**, acrescido das multas de 70 % sobre 18.291,19 e de 50% sobre R\$ 74,32, previstas, respectivamente, nos incisos III e I, alínea “b”, item 3, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2010.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR