

A. I. N º - 269610.0016/04-2
AUTUADO - FRANCISCO ALVES TOSTA NETO
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 01.08.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0266-01/05

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. MULTA. O autuado é dispensado da escrituração dos livros fiscais apontados. Infração insubstancial. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Este roteiro é inaplicável ao autuado, já que só comercializa mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração insubstancial. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. A multa deve ser aplicada pelo cometimento da infração, não por exercício em que forem verificadas as saídas não registradas. Infração parcialmente caracterizada. b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação nas aquisições das mercadorias. Abatidos os créditos das operações anteriores (item precedente). Infrações subsistentes. Rejeitada a argüição de

nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**.
Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/2004, imputa ao autuado as seguintes infrações:

1. Escrituração de livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares, ensejando a aplicação de multa no valor de R\$ 420,00;
2. Recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, nos meses de outubro de 2002 e fevereiro a dezembro de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$ 25.766,08;
3. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos exercícios de 2002 e 2003, exigindo ICMS no valor de R\$ 86.567,76;
4. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2002 e 2003, exigindo ICMS no valor de R\$ 15.597,84;
5. Falta de recolhimento de imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2002 e 2003, exigindo ICMS no valor de R\$ 8.578,81;
6. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2002 e 2003, aplicando multa no valor de R\$ 100,00.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 622 a 636), na qual suscitou a nulidade da autuação em relação à Infração 03, por não ter elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, pois não possui escrita contábil, sendo dispensado pela legislação estadual, e que todas as mercadorias adquiridas estão enquadradas no regime de substituição tributária, citando os Acórdãos CJF nºs 2170-12/01 e 0894/01. Em relação à Infração 01, alegou que é microempresa, estando desobrigado de escriturar livros fiscais.

Quanto à Infração 02, disse que a SEFAZ/BA não teve prejuízo referente às compras de mercadorias efetuadas fora do Estado, pois todas elas tiveram o ICMS pago antecipadamente, conforme notas fiscais e DAE's que anexou. No tocante às Infrações 04 e 05, afirmou que recolheu o imposto pelo teto máximo da microempresa, sendo dispensado da escrituração de livros fiscais. Alegou que o autuante cobrou multa referente ao registro em duplicidade da Nota Fiscal nº 35.432 e à falta de lançamento de notas fiscais no livro Registro de Saídas, sem que esteja obrigado a escriturar os livros fiscais.

Asseverou que, quanto às notas fiscais com subfaturamento de preços de venda pela existência de duas duplicatas, quem faturou os produtos foi a empresa Cicopal, não sabendo se a referida empresa vende produtos subfaturados e não tendo culpa de qualquer irregularidade que venha a

ser aplicada. Salientou que a CF/88 foi afrontada, citando o princípio da legalidade, e requereu a improcedência da autuação.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 933 a 938), alegou, em relação à Infração 01, que o autuado tem a obrigação de escriturar alguns livros fiscais, inclusive o livro Caixa, e que, se o autuado escriturou os livros fiscais sem estar obrigado, deveria ter efetuado de acordo com a legislação em vigor, sendo a escrituração facultativa, mas não proibida, sem existir autorização legal para escrituração de livros facultativos em desacordo com a legislação.

No tocante à Infração 02, afirmou que a autuação considerou os DAE's pagos pelo autuado, circunscrevendo-se apenas àquelas situações em que não houve pagamento. Disse que a Infração 03 não se referiu às mercadorias enquadradas na substituição tributária, mas às mercadorias tributáveis conforme a presunção legal.

Esclareceu, em relação à Infração 04, que a legislação não dispensa a escrituração do livro Registro de Inventário nem autoriza a compra ou a venda de mercadorias sem o registro no inventário. Quanto à Infração 05, explicou que não está sendo exigido o ICMS que já foi pago, mas apenas o que deixou de ser pago, e que o contribuinte do SIMBAHIA tem outras obrigações principais além do pagamento do tributo previsto por esta forma de apuração.

Declarou que o autuado nada afirmou em relação à Infração 06 e que não têm lógica as ponderações do autuado de que não tem responsabilidade se o seu fornecedor vende mercadorias com subfaturamento, argumentando que é necessário também que as mercadorias sejam compradas com subfaturamento, sendo que, no caso concreto, tratam-se de dezenas de notas fiscais a que correspondem duas duplicatas pagas: uma no valor da nota fiscal e outra em valor quase duas vezes maior que o constante na nota fiscal. Opinou pela procedência da autuação.

VOTO

O presente processo exige ICMS do autuado por ter recolhido imposto a menor e pela falta do seu recolhimento por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, bem como pela omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa e pela falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, além de aplicar multa pela escrituração de livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares e pela omissão de saídas de mercadorias não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais.

O autuado suscitou a nulidade da autuação em relação à Infração 03, por não ter elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, já que é dispensado da escrituração de livros fiscais e contábeis pela legislação estadual e que todas as mercadorias adquiridas estão enquadradas no regime de substituição tributária, citando os Acórdãos CJF nºs 2170-12/01 e 0894/01.

Esclareço que os dois acórdãos se referem à improcedência da autuação relativa à omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, em empresas que operam exclusivamente com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação. Além disso, a inexistência de livros fiscais e/ou contábeis não impede a apuração de saldo credor de caixa, o qual pode ser apurado mediante o cotejamento das receitas e das despesas efetuadas no exercício, como consta dos demonstrativos anexados aos autos. Desta forma, convencido que não foram contrariadas as disposições do art. 18 do citado RPAF/99, rejeito a argüição de nulidade.

Contudo, do exame dos livros e das notas fiscais anexados aos autos, verifico que o autuado só comercializa mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, ou seja, com a fase de tributação encerrada, não havendo porque se falar em omissão de saídas de mercadorias tributáveis e, portanto, sendo inaplicável tal roteiro ao autuado. Portanto, em consonância com reiteradas decisões deste CONSEF, inclusive os citados Acórdãos CJF nºs 2170-12/01 e 0894/01, entendo que é insubstancial a Infração 03.

Também entendo que não está caracterizada a Infração 01, pois o autuado não é obrigado a escriturar livros fiscais por ser inscrito na condição de microempresa, não podendo ser exigida multa por tê-lo feito em desacordo com as normas regulamentares. Ressalto ainda que esta é a posição que vem sendo reiteradamente adotada por este CONSEF em idênticas situações.

No tocante à Infração 02, saliento que os contribuintes inscritos na condição de microempresa e empresa de pequeno porte não são dispensados do pagamento do imposto relativo à substituição tributária. Verifico que as diferenças apontadas decorrem da comprovação de que o autuado adquiriu mercadorias com valor subfaturado mediante o pagamento de duas duplicatas em relação às notas fiscais relacionadas. Entendo que foi correto o procedimento realizado pelo autuante, tendo sido considerados os pagamentos já efetuados, e que a infração é subsistente.

As Infrações 04 e 05 decorrem de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, sendo constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e exigido o pagamento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, e por antecipação. Constatou que não restou comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação nas aquisições das mercadorias e que, ao ser efetuado o levantamento relativo à Infração 05, foram abatidos os créditos das operações anteriores constantes na Infração 04. Conforme dito acima, o imposto é devido independente da condição do autuado. Logo, estando as infrações devidamente demonstradas nos autos, entendo que são subsistentes.

A Infração 06 também decorre de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, demonstrado nos autos assim como nas Infrações 04 e 05, contudo, só é cabível a aplicação de multa por descumprimento da obrigação acessória de emitir notas fiscais, pois as mercadorias comercializadas pelo autuado estão enquadradas no regime de substituição tributária, ou seja, possuem a fase de tributação encerrada. Contudo, entendo que a infração está parcialmente caracterizada no valor de R\$ 50,00, pois a multa deve ser aplicada pelo cometimento da infração, não por exercício em que forem verificadas as saídas não registradas, conforme exigiu o autuante.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$ 49.992,73, sendo parcialmente subsistente a Infração 06, no valor de R\$ 50,00, caracterizadas as Infrações 02, 04 e 05 e elididas as demais infrações.

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 269610.0016/04-2, lavrado contra **FRANCISCO ALVES TOSTA NETO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 49.942,73**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 34.344,89 e 70% sobre R\$ 15.597,84, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, bem como da multa no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII do citado diploma legal, e dos acréscimos legais.

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, 25 de julho de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR