

PROCESSO - A. I. Nº 269440.0041/05-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CPF COMÉRCIO DE TINTAS E FERRAGENS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0088-03/06
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 15/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJE Nº 0308-12/06

EMENTA: ICMS. 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. Comprovada que a quase totalidade das mercadorias comercializadas está enquadrada no regime de substituição tributária, o que leva a inadequação do método de auditoria realizada. Infração não caracterizada. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela R. 3.ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão pela mesma prolatada através do Acórdão nº 0088-03/06, à luz do quanto disposto no art. 169, I, “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 10.10.2000

Cinge-se o Recurso de Ofício à análise e enfrentamento da infração 1, que exige ICMS no valor de R\$71.290,46, acrescido da multa de 70%, relativo à seguintes irregularidade:

1. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor da conta caixa, - R\$71.290,46;

O autuado, na defesa apresentada (fls. 1481 a 1489), através de seu representante legalmente constituído (fl. 1501), inicialmente discorreu sobre as infrações e disse que não procede a exigência fiscal por presunção, visto que o imposto relativo às mercadorias comercializadas pela empresa, em sua totalidade produtos farmacêuticos, é recolhido antecipadamente pelo substituto tributário.

Alegou que, conforme disposto no art. 2º do RPAF/BA, o lançamento de ofício deve obedecer aos princípios de direito e que na sua aplicação prática, deve-se proteger o contribuinte de acordo com o disposto no art. 112 do CTN, que na dúvida, deve ser decidido em favor do contribuinte.

Afirmou que o lançamento deve ser revisto, pela falta de previsão legal, para cobrança do imposto relativo a mercadorias comercializadas com fase de tributação encerrada. Transcreveu às fls. 1484 e 1485, o *caput* do art. 353 e inciso II, item 13, do RICMS/BA, que trata da responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, pelo sujeito passivo por substituição, relativo a produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário. Para reforçar esse entendimento, transcreveu, às fls. 1486 e 1487, as decisões proferidas nos Acórdãos JJF 0052-04/05 e CJE 0894/01.

Esclareceu que o autuante se equivocou por levar em conta o registro de atividade do autuado como de comércio de tintas e ferragens, quando de fato a atividade econômica sempre foi a de comércio varejista de produtos farmacêuticos, “conforme consta no banco de dados da SEFAZ”.

Destacou que a omissão de saída tributável presumida, apurada por meio de saldo credor de caixa, não se desvia do fato gerador do imposto e que na situação presente, tendo o imposto sido

recolhido por antecipação ou substituição, a sua exigência configura uma bitributação. Afirmou que o lançamento constitui um verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte.

Alegou que as próprias notas fiscais acostadas pelo autuante ao processo fazem prova de suas alegações, e requereu, se necessário, seja intimado para juntar novos documentos ao processo.

Por fim, requereu o direito de juntada de atos constitutivos e a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 1493 e 1494), informou que, em relação à infração 1, o contribuinte:

- a) regularmente intimado, não apresentou o Livro Caixa e declarou na DME “saldos zerados”, motivo pelo qual considerou saldo inicial zero no Demonstrativo de Origem e Aplicação de Recursos (DOAR) por ele elaborado;
- b) não comprovou a existência de ingressos de outros Recursos ou fontes.

Quanto à alegação defensiva de impropriedade do roteiro de auditoria ante a cobrança de imposto de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, afirmou que “as farmácias e drogarias comercializam vários produtos que não são farmacêuticos”, conforme cópias de notas fiscais coletadas no CFAMT, juntadas às fls. 392, 393, 404, 405, 414, 415, 416, 424, 847 e 871 do PAF. Ressaltou que as notas fiscais anexadas aos autos, têm finalidade apenas de comprovar o saldo credor de caixa e não significa que foram estes os produtos omitidos quando da saída das mercadorias, que conduz a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis.

Salientou que, para comprovar a improcedência da presunção, o contribuinte deveria apresentar documentos de ingresso de numerários na conta caixa, como empréstimos bancários, investimentos dos sócios na empresa, etc.

Finalizou mantendo integralmente as infrações tipificadas no Auto de Infração.

Através do Acórdão JJE nº 0088-03/06, decidiu a 3ª Junta de Julgamento Fiscal pela improcedência da infração 1, em razão do seguinte entendimento:

- a) “O autuante relacionou no “Demonstrativo do pagamento à fornecedores não escriturados – Anexo II”, as notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, cujas cópias foram acostadas às fls. 59 a 1470”. Restou verificado que, na sua maioria, “as notas fiscais acostadas ao PAF, se referem às aquisições de mercadorias pelo contribuinte de empresas distribuidoras farmacêuticas (Ita Representações de Produtos Farmacêuticos S/A, MS Farma Comercial Ltda, Globofarma Distribuidora Farmacêutica; Reydroga Comercial Ltda, Panarelo Distribuidora Farmacêutica Ltda, Intermed Farmacêutica Nordeste Ltda) situadas no Estado da Bahia, relativo à aquisições de medicamentos, cujo ICMS foi recolhido por antecipação”;
- b) “O autuado alegou que apesar de estar registrado na SEFAZ com o código de atividade de comércio de tintas e ferragens, na realidade exerce atividade econômica de comércio varejista de produtos farmacêuticos, fato não contestado pelo autuante e constato que no banco de dados da SEFAZ, efetivamente o contribuinte está cadastrado com a atividade de comércio de produtos farmacêuticos”;
- c) “Restando comprovado que o estabelecimento autuado comercializa, na sua quase totalidade, com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeito à antecipação do imposto com a fase de tributação encerrada, considero inadequado o método de auditoria realizada”;
- d) “Quanto à contestação do autuante de que ‘as farmácias e drogarias comercializam vários produtos que não são farmacêuticos’, observo que conforme cópias de notas fiscais coletadas na CFAMT, parte das mercadorias consignadas nas notas fiscais de n.ºs. 433634, 300998, 470146, 522050, 591115, 53049, 899940, 984041, (fls. 393, 404, 405, 414, 416, 424, 847, 871), tiveram o imposto retido, portanto, encerrada a fase de tributação das mercadorias. Apenas a nota fiscal de nº 245198 (fl. 392) não teve retenção do ICMS”; no que concerne à tributação dos produtos comercializados por farmácias e drogarias, após transcrever os arts. 353, § 2.º, e 371, I, “c”, do

RICMS, decidiu a primeira instância que “*caso o contribuinte autuado não tivesse feito a antecipação do ICMS, relativo às mercadorias consignadas nas notas fiscais acima mencionadas, caberia a exigência do imposto a título de antecipação*”, razão pela qual recomendou “*à autoridade fazendária, para mandar proceder à verificação do recolhimento do imposto no prazo regulamentar, e exigir, se for o caso, o crédito tributário decorrente, conforme os dispositivos regulamentares acima citados*”;

VOTO

Reparo algum, quanto a infração 1, objeto do presente Recurso de Ofício, merece o *decisum* de Primeira Instância. Senão, vejamos.

Restou comprovado, no bojo dos autos, que o autuado efetivamente comercializa, na sua quase integralidade, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas, portanto, à antecipação do imposto e com a fase de tributação encerrada, razão pela qual inadequado se apresenta o método de auditoria aplicado no presente caso.

No que tange à alegação do fiscal autuante de que ‘*as farmácias e drogarias comercializam vários produtos que não são farmacêuticos*’, mister se faz salientar, como bem decidiu a primeira instância, que, à luz das cópias de notas fiscais coletadas na CFAMT, parte das mercadorias consignadas nas Notas Fiscais de nºs 433634, 300998, 470146, 522050, 591115, 53049, 899940, 984041, (fls. 393, 404, 405, 414, 416, 424, 847, 871), tiveram o imposto retido, razão pela qual encerrada se apresenta a fase de tributação das mercadorias. Note-se que apenas a Nota Fiscal de nº 245198 (fl. 392) não teve retenção do ICMS.

Outrossim, com relação à tributação dos produtos comercializados por farmácias e drogarias, tendo em vista o quanto prescrito nos arts. 353, § 2.º, e 371, I, “c”, do RICMS, se o contribuinte autuado não tivesse feito a antecipação do ICMS das mercadorias consignadas nas notas fiscais acima mencionadas, exigível seria o imposto a título de antecipação.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado, mantendo a Decisão de primeira instância em todos os seus termos, inclusive no tocante à recomendação da autoridade fazendária “*para mandar proceder à verificação do recolhimento do imposto no prazo regulamentar, e exigir, se for o caso, o crédito tributário decorrente, conforme os dispositivos regulamentares acima citados*”.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **269440.0041/05-4**, lavrado contra **CPF COMÉRCIO DE TINTAS E FERRAGENS LTDA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento das multas no valor total de **R\$580,00** previstas no art. 42, XVIII, “c” e XV, “i” da Lei nº 7.014/96, com incidência dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS