

A. I. N° - 269440.0041/05-4
AUTUADO - CPF COMÉRCIO DE TINTAS E FERRAGENS LTDA.
AUTUANTE - WALTER KUHN
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 04/04/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0088-03/06

EMENTA: ICMS. 1. 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. **2.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS - DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DADOS. MULTA. **3.** LIVROS FISCAIS. LIVRO CAIXA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Infrações não impugnadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/11/06, exige ICMS de R\$71.290,46 acrescido da multa de 70%, além de multas fixas no valor total de R\$580,00, relativo às seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor da conta caixa, - R\$71.290,46;
2. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresa) relativo ao exercício de 2002, com aplicação de multa de R\$120,00;
3. Deixou de escriturar o Livro Caixa, na condição de Microempresa, com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00, com aplicação de multa de R\$460,00.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 1481 a 1489), através de seu representante legalmente constituído (fl. 1501), inicialmente discorre sobre as infrações e diz 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.

Alega 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.

Afirma que o lançamento deve ser revisto, pela falta de previsão legal, para cobrança do imposto relativo a mercadorias comercializadas com fase de tributação encerrada. Transcreve 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, transcreve às fls. 1486 e 1487, as decisões proferidas nos Acórdãos JJF 0052-04/05 e CJF 0894/01.

Esclarece 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 de comércio varejista de produtos farmacêutico, “conforme consta no banco de dados da SEFAZ”.

Destaca 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. Afirma que o lançamento constitui um verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte.

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

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

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 1493 e 1494), informa 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, afirma que “as farmácias e drogarias comercializam vários produtos que não são farmacêuticos”, conforme cópias de notas fiscais coletadas na CFAMT, juntadas às fls. 392, 393, 404, 405, 414, 415, 416, 424, 847 e 871 do PAF. Ressalta 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.

Salienta 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.

Finaliza, mantendo integralmente as infrações tipificadas no Auto de Infração.

VOTO

O presente processo faz exigência de ICMS em decorrência da omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, além de multas por falta de cumprimento de obrigações acessórias.

Quanto à primeira infração, na sua impugnação, o autuado não contestou a apuração dos saldos credores apontados na infração, porém alegou que comercializa exclusivamente produtos farmacêuticos, cujo ICMS é recolhido antecipadamente e que não cabe a exigência do débito relativo à omissão de saída apurada pelo autuante.

Da análise do levantamento fiscal e dos documentos juntados ao processo verifico que foram:

- a) elaborados DOAR relativos aos exercícios de 2000 a 2004 (fls. 7, 17, 29, 39 e 49);
- b) elaborados demonstrativos de despesas pagas no exercício; compras a prazo e de pagamento a fornecedores não escriturados (CFAMT).

- c) Com base nos dados informados nas DMEs apresentadas pelo contribuinte, relativo aos exercícios de 2000 a 2004 (fls. 10, 26, 36 e 46), foram confrontados no DOAR, a receita de vendas declaradas, com as aplicações (despesas) declaradas e não declaradas (CFAMT);

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. Verifico 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.

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.

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.

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 n.º 245198 (fl. 392) não teve retenção do ICMS.

Em relação à tributação dos produtos comercializados por farmácias e drogarias, o art. 353, § 2º do RICMS/BA, prevê que:

“Art. 353.

(...)

§ 2º - *As farmácias, drogarias e casas de produtos naturais farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de quaisquer mercadorias efetuadas neste Estado ou procedentes do exterior, sem prejuízo do disposto na alínea “c” do inciso I, do art. 371 acerca das aquisições interestaduais (art. 61, V).”*

Por sua vez, o art. 371, I, “c” do mencionado diploma legal, com redação vigente à época dos fatos geradores estabelecia que:

Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355.

I - no prazo previsto no inciso I do art. 125:

....

c) pelas farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, em se tratando de quaisquer mercadorias;

II - no momento ou prazo previstos no inciso II do art. 125:

Assim sendo, 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. Por isso, recomendo 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.

Pelo exposto, voto pela improcedência da infração 1.

O autuado, não impugnou as infrações 2 e 3, devendo ser mantidas, conforme indicadas na autuação (fl. 2).

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração n.º 269440.0041/05-4, lavrado contra **CPF COMÉRCIO DE TINTAS E FERRAGENS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas no valor de **R\$580,00** previstas no art. 42, XVIII, “c” e XV, “i” da Lei n.º 7.014/96 com incidência dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA