

A. I. N.^º - 018184.1210/06-6
AUTUADO - PROSERVICE COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 19/06/2007

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0181-03/07

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. Infração comprovada. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Infrações subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. APARELHOS DE TELEFONIA CELULAR. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O artigo 3º do Decreto 9.786/06, instituiu a obrigatoriedade de antecipação tributária de aparelhos celulares a partir de 28/02/2006. Infração subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Pedido de diligência indeferido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2006, reclama ICMS no valor de R\$58.437,13, com aplicação das multas de 60% e 70%, pelas seguintes irregularidades:

Infração 01-Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa. Total do débito: R\$36.795,23, com aplicação da multa de 70%.

Infração 02-Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Total do débito: R\$5.931,05, com aplicação da multa de 60%.

Infração 03-Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, adquiridas para fins de comercialização. Total do débito: R\$8.880,85, com aplicação da multa de 60%.

Infração 04-Deixou de recolher o ICMS, relativo ao ajuste do estoque às regras do regime de substituição tributária de aparelhos de telefonia celular. Total do débito: R\$6.830,00, com aplicação da multa de 60%.

Inconformado, o autuado apresenta impugnação, às folhas 400/403, inicialmente discorrendo sobre as infrações imputadas. Quanto à infração 01, aduz que a autuante não definiu de maneira clara o fato gerador da infração que, em tese foi cometida, situação esta, que cria dúvidas sobre o real entendimento da questão, pois, não especificou se o impugnante omitiu saídas de mercadorias por meio de levantamento do saldo de caixa. Diz que o Auto de Infração como ato administrativo regrado e vinculado depende de requisitos e condições sem os quais perde sua eficácia. Entende que onde há falta de clareza e incerteza da acusação, restará passivo de nulidade o suposto ilícito fiscal, uma vez que a acusação contida no lançamento de ofício tem que ser certa e determinada, condição esta que não aconteceu. Salienta que a acusação é imprecisa e inexata, apontando situações diferentes, sem exatamente especificar o suposto ato ilícito que deu ensejo à autuação fiscal. Assevera que os livros Registro de Entrada, Saída e Apuração do ICMS, e fotocópias dos documentos dos lançamentos do caixa, tão somente estes, não podem servir de parâmetro na escrituração e apuração do saldo do livro caixa, tendo em vista que a origem dos fatos contábeis, não se resume aos livros e documentos acima citados. Ressalta que no universo dos fatos contábeis, empréstimos tomados em instituições financeiras e empréstimos de sócios são provas da origem dos recursos de que o livro caixa escruturado e apurado pela autuante, não é expressão da verdade, visto que a escrituração deve ser completa, em idioma e moeda corrente do país, em forma mercantil, com individuação e clareza, conforme os artigos 269, 270 e 923 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, tornando, assim, o Auto de Infração nulo de pleno direito. Entende que a suposta constatação figure, apenas, como ponto de partida para uma diligência. Com relação à infração 02, diz que, mais uma vez, não foi observada a legislação pertinente, situação esta que cria dúvidas sobre o real entendimento da questão, tendo em vista que conforme o artigo 2º, inciso II, do Decreto nº 9.068 de 12.04.04, “às entradas de aparelhos celulares cujas saídas sejam beneficiadas pela redução de base de cálculo de que trata o inciso XXIV do artigo 87”, ou entradas de aparelhos celulares, neste Estado provenientes de outra unidade da Federação, a base de cálculo para a antecipação parcial do ICMS, é reduzida em 29,41%. Declara que as mercadorias adquiridas em outra unidade federada, precisamente no Estado de Pernambuco, cuja alíquota, nas saídas para este Estado, é de 12%, não existe ICMS antecipação parcial a recolher. Afirma que o autuado obedeceu, também, o artigo 87, inciso XXVI, parágrafo 11º do RICMS/97, requerendo autorização do Diretor de Administração Tributária da região do seu domicílio fiscal, além de não possuir débito inscrito em dívida ativa, e que a acusação contida no Auto de Infração tem que ser certa, determinada e respaldada legalmente, condição esta que não aconteceu. No que tange à infração 03, assevera que, mais uma vez, não foi observada a legislação pertinente, situação esta que cria dúvidas sobre o real entendimento da questão. Diz que de acordo com o artigo 87, XXVI, § 11 do RICMS/97, o autuado possuía prévio reconhecimento, por parte do Diretor de Administração Tributária, e a acusação é ilegítima, apontando situações diferentes, sem respaldar-se na legislação pertinente do suposto ato ilícito que deu ensejo à autuação fiscal. No que concerne à infração 04, reconhece o não recolhimento do ICMS relativo ao ajuste do estoque, tendo em vista as regras de antecipação por substituição tributária. Todavia, a autuante não observou os recolhimentos do ICMS relativo à antecipação parcial das mercadorias adquiridas em outra unidade federada, constante no estoque informado no processo nº 100796/2006-0 protocolado pelo autuado na Inspetoria de sua circunscrição, e sendo assim, a importância exigida no presente Auto de Infração, não é em sua totalidade devida. Conclui, requerendo a improcedência da autuação.

A autuante, por sua vez, apresenta informação fiscal (fl. 407), dizendo que quanto à infração 01, a auditoria de caixa foi elaborada conforme legislação pertinente. Com relação às infrações 02 e 03, diz que é inexistente no sistema da SEFAZ, bem como no livro de Ocorrências do impugnante autorização para redução da base de cálculo nas aquisições de aparelhos celulares, conforme determina o artigo 87, XXVI, § 11 do RICMS-BA, e que, por conseguinte, não procedem as alegações defensivas. No que tange à infração 04, aduz que o próprio autuado reconheceu a existência do débito conforme folhas 371/372.

VOTO

Inicialmente, em relação a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, rejeito, por considerar que não foram descumpridos os incisos I a IV do art. 18 do RPAF. Verifico que se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, consoante disposto no artigo do citado diploma legal. No corpo do Auto de Infração, está descrito claramente os fatos considerados como ilícito tributário, e todos os anexos ao Auto de Infração, descritos pelo autuante, inclusive documentos e demonstrativos foram recebidos pelo próprio autuado.

Com relação ao pedido de diligência requerido pelo autuado, indefiro, tendo em vista que os elementos constantes no Auto de Infração são suficientes para a formação do meu convencimento, nos termos do artigo 147, I, “a”, do RPAF.

No mérito, o Auto de Infração em lide, foi lavrado para exigência de ICMS relativo a quatro infrações por descumprimento de obrigação principal, descritas no início deste relatório.

Quanto à infração 01, constato que se trata de exigência de imposto por presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de Auditoria do caixa do autuado, tendo a autuante elaborado demonstrativos às folhas 15/38, comprovando a infração imputada. Verifico que o defendant na sua impugnação não acostou aos autos quaisquer provas para elidir o lançamento realizado neste item do Auto de Infração. Ademais a referida presunção está prevista no artigo 2º, § 3º, I do RICMS-BA, o qual transcrevo a seguir:

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

- I - saldo credor de caixa;*
- II - suprimento a caixa de origem não comprovada;*
- III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;*
- IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;*

A presunção legal exigida no presente Auto de Infração, é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração imputada no lançamento de ofício, pois, havendo presunção legal, inverte-se o ônus da prova. Mantida a exigência fiscal para este item da autuação.

Com relação às infrações 02 e 03, verifico que a autuante acostou aos autos demonstrativos às folhas 362/368, que fulminam a pretensão do autuado na sua impugnação. Os cálculos foram elaborados corretamente, demonstrando que o autuado não recolheu, assim como recolheu a menor o imposto devido por antecipação parcial. No que concerne ao protesto de que não foi considerada a autorização do Diretor de Administração Tributária da região do seu domicílio fiscal, prevista no artigo 87, XXIV, § 1º do RICMS, para reduzir a base de cálculo do ICMS nas aquisições de aparelhos celulares, não acato, uma vez que o autuado não acostou aos autos a prova da sua alegação, como também, não foi constatado nos sistemas da SEFAZ qualquer solicitação neste sentido. Por conseguinte, julgo procedentes as infrações 02 e 03 deste Auto de Infração.

Concernente à infração 04, observo que o autuado encaminhou à fiscalização o Inventário das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (aparelhos celulares) às folhas 371/372, nos termos do artigo 3º do Decreto 9.786/06, o qual reproduzo:

Art. 3º Os contribuintes distribuidores, atacadistas ou revendedores, inclusive varejistas, de aparelhos de telefonia celular de que cuida o item 35 do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS, deverão, a fim de ajustar seus estoques às

regras de substituição ou antecipação tributária, adotar as seguintes providências:

I - tratando-se de contribuintes que, em 28/02/2006, encontrem-se enquadrados no cadastro do ICMS na condição Normal:

a) relacionar, discriminadamente, os estoques existentes no estabelecimento em 28/02/2006 e apresentar a relação correspondente, em arquivo magnético, tipo Word, Excel ou arquivo txt, na repartição fiscal do seu domicílio fiscal até o dia 09/05/2006;

b) calcular o débito do imposto relativo aos estoques aplicando a alíquota prevista para as operações internas, valorando as mercadorias com base no preço de aquisição mais recente;

c) compensar o valor do débito apurado na forma da alínea anterior com saldo credor eventualmente existente na escrita fiscal em 28/02/2006;

d) não sendo totalmente compensado o débito, nos termos da alínea anterior, efetuar o recolhimento do saldo devedor em até 12 (doze) parcelas mensais, iguais e sucessivas, vencendo a primeira no dia 30/05/2006 e as demais no dia 20 (vinte) de cada mês;

Não acato as alegações defensivas de que a autuante não observou os recolhimentos do ICMS relativo à antecipação parcial das mercadorias adquiridas em outra unidade federada, constante no estoque informado, tendo em vista que o autuado não trouxe aos autos as provas necessárias para suprimir o ilícito tributário imputado nos termos do artigo 123 do RPAF. Por conseguinte, julgo procedente este item do Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 018184.1210/06-6, lavrado contra **PROSERVICE COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$58.437,13**, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.641,80 e 70% sobre R\$36.795,23, previstas no artigo 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA