

A. I. N.º - 206885.0012/00-7
AUTUADO - FARMÁCIA NOVA DE JEQUIÉ LTDA.
AUTUANTE - JAMENSON GUEDES ARAUJO
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 26/12/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0432-03/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Impossibilidade de aplicação da presunção de omissão de receitas tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa para contribuintes que operam com todas as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/09/2007, reclama ICMS no valor de R\$11.281,95, com aplicação da multa de 70%, pela seguinte irregularidade:

Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. Consta na descrição dos fatos: “Exercício de 2005: Presunção de omissão de saídas de mercadorias, por apresentar saldo credor do caixa no valor de R\$66.364,40 (receitas não comprovadas), que calculado à alíquota de 17%, gera um débito fiscal no tocante à ICMS a ser recolhido ao erário público estadual no valor de R\$11.281,95. Tudo de acordo, planilhas de documentos probantes das infrações cometidas que, estão arroladas ao presente auto de infração e, devidamente acostados no Anexo A que faz parte integrante do PAF em questão”.

Inconformado, o autuado apresenta impugnação, às folhas 409/412, inicialmente discorrendo sobre a infração imputada. Diz que não acata as razões da autuação e acrescenta que faz provas que são fundamentais para anulação do crédito reclamado. Sustenta que no demonstrativo de caixa confeccionado pelo autuante, constatou uma inserção arbitrária de valor a título de desembolso de numerário na rubrica “Outras Despesas INSS”, no montante de R\$53.325,12, valor que deu origem ao “estouro” de caixa obtido no levantamento. Aduz que desconhece como foi apurado tal valor, haja a vista a ausência de documento comprobatório do referido desembolso, que considera exorbitante diante do porte do autuado. Entende que, preliminarmente, esta estimativa arbitrária levada a efeito pelo preposto da Fazenda Estadual fragiliza seu lançamento de ofício, devendo assim ser decretada a sua nulidade. No mérito, assevera que ainda que fosse apurado saldo credor de caixa mediante provas contundentes, a autuação não poderia prosperar, uma vez que se trata de farmácia, sendo todas as suas mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, sendo suficiente para se decretar a improcedência do Auto de Infração uma vez que não se pode falar em omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Diz que o mero exame das cópias das notas fiscais de compras da empresa demonstra que não existe débito do imposto estadual, e no caso de produtos farmacêuticos, não há ICMS a recolher, tendo em vista a responsabilidade legal do sujeito passivo por substituição, ser atribuída ao distribuidor ou fabricante. Quanto aos demais produtos, de diminuta relevância no movimento comercial do autuado, o ICMS foi recolhido antecipadamente, conforme prevê a legislação. Sustenta que a autuação causou perplexidade, evidenciada na imprudência do fiscal autuante, sobretudo pelo fato de a empresa atuar no comércio varejista de produtos farmacêuticos, circunstância em que a legislação estadual impõe o recolhimento antecipado do imposto, tanto nas aquisições internas como nas interestaduais, por força do Convênio ICMS 76/1994. Sustenta que de acordo com o art. 353, inc. II, item 13, sub-itens 13.1 a 13.17 do RICMS-BA, os produtos farmacêuticos estão sujeitos à substituição tributária, e que, considerando que os mencionados produtos são adquiridos juntos a

distribuidoras localizadas neste Estado e em Estados signatários do Convênio ICMS 76/94, as mesmas são responsáveis pelo recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes, as quais, de acordo com o art. 356 do citado diploma legal, estariam desoneradas, reproduzindo o referido artigo. Quanto aos demais produtos, transcreve o artigo 353, § 2º, do RICMS-BA, dizendo que se tratam de mercadorias de pouquíssima relevância no seu movimento comercial, sendo o ICMS recolhido antecipadamente, de acordo com a legislação, e nas saídas subsequentes, obedece-se ao exposto no referido artigo. Salienta que o demonstrativo elaborado pelo autuante mostra o desacerto completo de sua ação, a começar pelo enxerto de valores arbitrários para se obter saldo credor de caixa, e que tal procedimento revela-se inócuo, à vista das operações transacionadas pela empresa autuada: venda de mercadorias não tributadas, tendo em vista o instituto da substituição tributária. Conclui, requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, por sua vez, apresenta informação fiscal (fls. 569/571), discorrendo, inicialmente sobre a infração imputada no presente lançamento de ofício. Diz que a peça defensiva tem efeito meramente procrastinatório, tendo a empresa alegado que durante o exercício de 2005, não ter havido despesas com pessoal, como também pró-labore dos sócios, no montante de R\$53.325,12, assim como de outras despesas inerentes ao funcionamento da empresa. Salienta que o autuado tenta impugnar o óbvio, usando argumentações ao seu alcance, como ressaltar que as mercadorias são todas sujeitas à substituição tributária e dessa forma não pode e não deve sofrer nenhuma tributação. Afirmar que esse emérito colegiado composto de pessoas com formação acadêmica na área de contabilidade, conhece a fundo os Princípios Contábeis Geralmente Aceitos (PCGAS) defendidos por grandes mestres do ramo da contabilidade. Acrescenta que este tipo de fraude está se tornando corriqueiro por toda a Bahia, prejudicando sensivelmente todo trabalho de auditoria fiscal, pois esconde entrada de recursos em seus caixas, com o argumento de que se trata de mercadorias que sofreram substituição tributária em sua origem, desta forma, encerrando sua fase de tributação. Afirmar que a Instrução Normativa emanada do SAT de nº 58/2007 datada de 21/09/2007, foi aceita com muita alegria por parte da maioria dos contribuintes que operam com mercadorias sujeitas a substituição tributária, e que esta alegria, infelizmente, se traduz em luto para o Fisco estadual, tendo em vista que, não há como se estabelecer proporcionalidade de mercadorias tributáveis/ou substituídas, uma vez que a última palavra será do contribuinte. Ressalta que em auditoria de caixa prevalece o que se apura de saldo credor (estouro), e não levando-se em conta o tipo de mercadorias, senão tornará nula, de fato, a auditoria de caixa, ferramenta tão importante para o Fisco. Questiona ao colegiado, por que a enorme quantidade de notas fiscais não lançadas em seu Registro de Entradas e não declaradas em sua DME, que não foram contestadas pelo contribuinte em sua peça defensiva. Entende que seu faturamento encontra-se aquém do real, e o real motivo do não lançamento é não sofrer desenquadramento para uma categoria de maior expressão, terá repercussão positiva em seu recolhimento para o Erário. Diz que a aplicação da penalidade de 1% sobre as notas fiscais não registradas e/ou declaradas em sua DME, será um prêmio à perpetuação da fraude que poderá espalhar-se normalmente, caso seja positivado por esse Conselho, como também será um afronto ao Fisco que se encontra a frente deste processo no seu dia-a-dia lutando contra os contribuintes inadimplentes.

VOTO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado para exigência de ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa.

Da análise das peças processuais, verifico que se trata de contribuinte que comercializa na sua totalidade com mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Com efeito, as farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, além de adquirirem produtos farmacêuticos com o imposto já retido pelas Distribuidoras e/ ou Laboratórios, ou obrigadas a proceder à retenção e ao recolhimento do imposto nas aquisições interestaduais, por força do

artigo 353, II, item 13, do RICMS-BA, também são legalmente responsáveis pela antecipação do recolhimento do ICMS nas compras efetuadas dos demais produtos comercializados pelo estabelecimento, nos termos do artigo 353, § 2º do citado diploma regulamentar.

Entendo que a totalidade das mercadorias que compõe o estoque do sujeito passivo se encontra com a fase de tributação encerrada, salvo na hipótese de constatação pela fiscalização de inexistência de registros de aquisições nos livros próprios, resultando em omissão de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária apurada através de roteiro de auditoria de estoques. Neste caso deve-se exigir o imposto do contribuinte por responsabilidade solidária, assim como o tributo devido por antecipação tributária, nos termos do artigo 10º da Portaria 445/98.

Observo que, no caso em apreço, o autuante exigiu o imposto por presunção legal estatuída no artigo 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, que transcrevo:

Art. 4º

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Constato que a ocorrência de 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, sendo que as saídas anteriores das mercadorias do defendente, já se encontravam com a fase de tributação encerrada. Portanto, não há que se falar em exigência de imposto por presunção legal.

Observo que neste caso, o autuante poderia aplicar outros roteiros de auditoria, adequados para o ramo de atividade do contribuinte, a exemplo de Auditoria de Estoques ou mesmo Auditoria da Antecipação Tributária, que supriria perfeitamente a verificação de possíveis ilícitos tributários. Entendo que o roteiro utilizado é inadequado para contribuintes que comercializam mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

Por conseguinte, julgo NULA a exigência fiscal do presente Auto de Infração por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada, nos termos do artigo 18, IV, “a”, do RPAF-BA, e represento à autoridade administrativa para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 206885.0012/00-7, lavrado contra **FARMÁCIA NOVA DE JEQUIÉ LTDA**. Representação à autoridade administrativa para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA