

A. I. Nº - 055862.0020/07-9
AUTUADO - COMERCIAL DE CALÇADOS DUTRA ROCHA LTDA.
AUTUANTE - EREMITO GONÇALVES DE ROMA
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 19/02/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0015-03/09

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos, aplicando a proporcionalidade em relação às mercadorias comercializadas pelo autuado cujo recolhimento do imposto é efetuado por antecipação, quando do seu ingresso no estabelecimento. Infração parcialmente caracterizada. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **3.** LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO LIVRO CAIXA. MICROEMPRESA COM RECEITA SUPERIOR A R\$30.000,00. MULTA. Infrações não impugnadas pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/09/2007, refere-se à exigência de R\$20.051,38 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, no período de agosto de 2003 a novembro de 2004. Valor do débito: R\$15.840,40.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de agosto a dezembro de 2004. Valor do débito: R\$4.210,98.

Infração 03: Deixou de escriturar e apresentar o livro Caixa do exercício de 2002, na condição de empresa de pequeno porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00, sendo exigido multa no valor de R\$460,00.

O autuado apresentou impugnação (fls. 170 a 176), informando inicialmente que explora o comércio varejista de calçados e tecidos, sendo contribuinte do ICMS, na forma prevista na Lei Estadual de nº 7.014/96 e RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Salaria que nas aquisições de calçados e tecidos para comercialização, por força da legislação estadual, se sujeita ao regime da substituição tributária, de forma que o ICMS não retido pelo remetente, é obrigado a efetuar o pagamento da antecipação, sujeitando-se também ao pagamento da antecipação parcial nas aquisições interestaduais, representando as operações sujeitas à substituição tributária em mais de 97%. Diz que foi lavrado o presente Auto de Infração, mas o lançamento não seguiu as orientações constantes da Instrução Normativa nº 56/2007. O autuado informa que reconhece os valores reclamados pelas acusações indicadas nas infrações 02 e 03, pelo que protocolou Pedido de Parcelamento. Quanto à primeira infração, o defendente alega que o autuante não considerou que o defendente opera em quase sua totalidade com mercadorias sujeitas à antecipação ou

substituição tributária, estando encerrada a fase de tributação, “embora na apuração das supostas omissões não tenham sido excluídas do cálculo do ICMS”. Alega, ainda, que o autuante cometeu vários outros equívocos, tendo em vista que foi constatado que houve duplicidade de lançamentos, uma vez que se exige imposto por falta de recolhimento da substituição tributária e inclui na auditoria de caixa para cobrar presunção, sem contudo excluir a proporcionalidade das mercadorias comercializadas sob o mencionado regime. Diz que se depreende no livro Registro de Apuração do ICMS que no período considerado (08/2003 a 12/2004) o autuado comercializou mais de 97% com mercadorias sujeitas à antecipação tributária, mas essa circunstância não foi observada na apuração do imposto exigido através da auditoria de caixa. Assevera que prevalecendo o critério adotado pela fiscalização, violaria a regra que proíbe a dupla tributação sobre o mesmo fato gerador. O defendente afirma que a legislação é clara ao especificar que fica encerrada a fase de tributação em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária, e o CONSEF já sinalizou sobre a impropriedade do roteiro de auditoria de caixa no caso de a empresa comercializar mercadorias sujeitas ao citado regime. Salienta que já existe Instrução Normativa da Superintendência de Administração Tributária orientando os prepostos fiscais para verificarem se as operações do contribuinte são isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária. Diz que além de o autuante identificar e incluir as notas fiscais de entradas sem registro, na apuração da base de cálculo, não distinguiu as operações sujeitas à antecipação ou substituição tributária, embora estas mercadorias representem 97,72% do total das operações praticadas pelo impugnante. Portanto, entende que deveria ser aplicada a proporcionalidade no cálculo do imposto exigido, o que não foi feito, desviando do entendimento do CONSEF e da orientação constante na Instrução Normativa 56/2007, que transcreveu. Afirma que mesmo que prevalecesse o levantamento fiscal, somente seria admitido se excluídos da base de cálculo do ICMS exigido os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária. Diz que pelo princípio da legalidade, a fiscalização não poderia reclamar qualquer valor a título de ICMS sobre omissão de saídas, mesmo que tenha constatado saldo credor de caixa ou suprimimento de caixa. Menciona as reiteradas decisões do CONSEF sobre a questão, e diz que este órgão julgador determinou a realização de diligência fiscal num lançamento em que não foi aplicada a proporcionalidade. O defendente informa que, tendo em vista o que dispõe a IN 56/2007 e as decisões do CONSEF, reconhece a procedência da infração 02, relativa ao ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, bem como a multa por descumprimento de obrigação acessória referida na infração 03, considerando que na primeira infração não foi aplicada a proporcionalidade para excluir as mercadorias sujeitas à substituição tributária, tendo sido violado o art. 100, I e II do Código Tributário Nacional. Pede a improcedência da primeira infração.

O autuado apresentou petição às fls. 252/254, aduzindo que em virtude de as operações realizadas constituírem mais de 97% de mercadorias sujeitas à substituição tributária e não ter sido efetuada a proporcionalidade, conforme entendimento do CONSEF e em desacordo com a IN 056/2007, o defendente requereu o parcelamento dos valores dos demais itens da autuação fiscal, ou seja, as infrações 02 e 03. Comenta sobre os reflexos da turbulência financeira resultante da política econômica do país e reitera o pedido de parcelamento do valor reclamado nos itens 02 e 03 do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 262 dos autos, rebate as alegações defensivas dizendo que os argumentos do autuado não encontram amparo material nem legal, tendo em vista que as notas fiscais acostadas ao PAF (fls. 43 a 168) foram coletadas no CFAMT, não estavam contabilizadas nem foi recolhido o imposto por antecipação tributária por constarem no anexo 88 do RICMS/BA, e que não há fundamentação para uma redução da base de cálculo. Quanto ao argumento defensivo de que houve duplicidade na exigência fiscal, o autuante afirma que

revendo o levantamento fiscal, não constatou nenhum valor fazendo parte de duas infrações ao mesmo tempo e com a mesma data de ocorrência.

Consta à fl. 264 extrato de parcelamento de débito relativo às infrações 02 e 03, totalizando o valor histórico de R\$4.670,98.

À fl. 266, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC para o diligente intimar o autuado a apresentar demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária, e fazer o confronto com os documentos fiscais originais e excluindo os valores comprovados do valor exigido, conforme determinado pela Instrução Normativa 56/2007.

Conforme PARECER ASTEC Nº 132/2008 (fls. 267/268), foi realizada a diligência requerida, sendo informado pelo diligente que de acordo com os documentos originais apresentados pelo autuado, 69% das compras efetuadas são calçados e outras mercadorias enquadradas na antecipação tributária; 25% referem-se a compras de mercadorias cujo ICMS foi substituído na fonte e somente 3,2% das operações de compras referem-se a mercadorias tributadas normalmente, conforme demonstrativos que elaborou às fls. 274/293. Assim, considerando a Instrução Normativa 56/2007, e a solicitação desta JJF, o diligente elaborou demonstrativo de débito aplicando a proporcionalidade das operações de compras de mercadorias tributáveis. Por fim, o diligente informa que as operações de saídas de mercadorias tributadas normalmente não foram apuradas na diligência porque o autuado não apresentou os documentos fiscais. Diz que o débito de ICMS originalmente apurado, de R\$15.840,40, ficou reduzido para R\$208,50.

Foi expedida intimação ao autuado (fl. 295), acompanhada de cópia do PARECER ASTEC Nº 132/2008 e demonstrativo, mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente. O autuante também tomou conhecimento (fl. 294), e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

VOTO

A primeira infração é decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor na conta caixa, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante e acostados aos autos (fls. 09 e 19).

Saliento que a legislação autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, consoante o art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, considerando que foi constatado saldo credor de caixa, no período de agosto de 2003 a dezembro de 2004.

Em sua impugnação, o autuado alegou que não foi aplicada a proporcionalidade das mercadorias comercializadas, tendo em vista que no período considerado (08/2003 a 12/2004) comercializou mais de 97% com mercadorias sujeitas à antecipação tributária, e essa circunstância não foi observada na apuração do imposto exigido através da auditoria de caixa.

Observo que não é apropriado o lançamento do ICMS por presunção, em relação às mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação tributária, considerando a atividade desenvolvida pelo autuado (comércio de calçados), e tendo em vista que essas mercadorias estão sujeitas ao pagamento do ICMS quando da sua aquisição. Neste caso, ocorrido o recolhimento do imposto por antecipação ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, consoante o art. 356 do RICMS/97.

De acordo com a diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, foi informado no PARECER ASTEC Nº 132/2008 (fls. 267/268), que somente 3,2% das operações de compras referem-se a mercadorias tributadas normalmente, conforme demonstrativos às fls. 274/293. Assim, considerando a Instrução Normativa 56/2007, e a solicitação desta JJF, o diligente elaborou

demonstrativo aplicando a proporcionalidade das operações de compras de mercadorias tributáveis, concluindo que o débito de ICMS originalmente apurado, de R\$15.840,40, ficou reduzido para R\$208,50.

Vale salientar, à fl. 295 do PAF, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal do PARECER ASTEC Nº 132/2008 e demonstrativo, constando na própria intimação a comprovação assinada pelo representante do contribuinte, de que recebeu cópia do referido Parecer. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou. O autuante também tomou conhecimento (fl. 294), e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

Acatando os cálculos elaborados pelo diligente à fl. 269 e PARECER ASTEC Nº 132/2008, concluo pela procedência parcial desta infração, no valor de R\$208,50.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado impugnou somente a primeira infração, tendo informado nas razões de defesa e está comprovado nos autos que o defendente parcelou o débito apurado nas infrações 02 e 03. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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 nº 055862.0020/07-9, lavrado contra **COMERCIAL DE CALÇADOS DUTRA ROCHA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.419,48**, acrescido das multas de 70% sobre R\$208,50 e 50% sobre R\$4.210,98, previstas no art. 42, incisos I, alínea “b”, item 1, e III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XV, alínea “i”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR