

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 120018.0006/00-0
<b>RECORRENTE</b>	- FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF n.º 0820/01
<b>ORIGEM</b>	- INFAZ IGUATEMI
<b>DOE</b>	- 10.04.03

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0028-12/03

**EMENTA:** ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente também não contabilizadas. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração caracterizada parcialmente. Rejeitada preliminar de nulidade. Face à nova revisão efetuada pela ASTEC foi corrigido o valor da exigência. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração de nº 120018.0006/00-0, que exige ICMS no valor de R\$40.466,01, decorrente de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não contabilizadas.

A Junta de Julgamento rejeitou preliminar de nulidade, apontando que o autuante anexou parte dos documentos fiscais que fundamentou a autuação e excluiu da mesma as notas fiscais não obtidas junto ao CFAMT, afastando, por isso, os argumentos defensivos de cerceamento de defesa.

No mérito, verificou ser o autuado o destinatário das mercadorias, conforme consta nos documentos fiscais, sendo as aquisições realizadas na modalidade de compra a prazo. Citando o art. 1º, parágrafo 5º da Lei nº 4.825/89, constatou a regularidade da presunção relativa de omissão de saídas, cabendo ao autuado fazer prova do contrário e, como não o fez, está correta a autuação, até porque os recursos empregados para pagamento das compras não contabilizadas preconizam vendas anteriores desacompanhadas de documentação fiscal. Porém, ao identificar um conjunto de notas fiscais referentes a simples remessa para as quais não houve pagamento, reduziu o montante do débito para R\$28.437,27.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário afirmando que foi ignorado pela Decisão Recorrida seu argumento de que a maioria das mercadorias objeto da autuação são produtos utilizados na prestação de serviços fotográficos, sendo insumos empregados e, portanto, tributados pelo ISS, conforme Decreto nº 406/68, Anexo 1, item 65, e os outros produtos tinham a destinação de uso ou consumo e peça de reposição de bens de ativo e, como não havia saída subsequente, não pode ser objeto de imputação. O recorrente fez referências no seu Recurso às notas fiscais sujeitas ao ISS e as

adquiridas para uso ou consumo. Acrescentou que a Decisão Recorrida confundiu a atividade de revelação sobre a qual não incide ICMS com a atividade de revenda de mercadoria, sobre a qual incide. Pediu o Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

A partir das considerações constantes do Recurso, a PROFAZ converteu este PAF em diligência à ASTEC para se pronunciar sobre os demonstrativos constantes dos autos. Como resposta, esse órgão afirmou que a média da participação da prestação de serviço de fotografia corresponde a 16,51%, mas não foi possível identificar os produtos utilizados como insumos na atividade de fotografia porque não há qualquer menção nos documentos ou nos registros fiscais sobre o fato. Constatou a utilização de alíquotas interestaduais nos respectivos documentos e não constatou a entrada de materiais de consumo no período fiscalizado. Nos demais meses, apesar de não haver registro de entrada de materiais de consumo, foram constatadas saídas desses materiais em operações de transferência.

No que tange ao demonstrativo elaborado pela Decisão Recorrida, identificou algumas falhas nos meses de março e setembro de 1995, de forma a reduzir do valor do débito para R\$ 28.408,15. Se, por outro lado, considerado o percentual de participação das atividades vinculadas à comercialização de mercadorias no total do faturamento, o débito fica reduzido para R\$ 23.717,96.

O recorrente, manifestando-se sobre a diligência, alegou que somente pela especificação do produto por si só denota o seu uso exclusivo no processo de revelação fotográfica e não para comercialização, além disso, a mera constatação de destaque de ICMS com alíquota interestadual não permite a conclusão de que tais aquisições foram feitas para revenda. Pela própria escrita já se pode verificar a utilização dos produtos no serviço de revelação uma vez que só foram detectadas saídas em transferência para estabelecimento da mesma empresa, para o mesmo uso em serviço. Não foi constatada pela diligência nenhuma venda. Por fim, o escopo de separar os produtos segundo sua destinação não foi cumprido pela diligência realizada.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado, porque entendeu que a omissão de saídas tributáveis está caracterizada amplamente no art. 2º, parágrafo 5º da Lei nº 4.825/89 e ao contribuinte é ressalvada a possibilidade de provar a improcedência da presunção relativa, no entanto, seus argumentos não são aptos a afastar a presunção. Daí, entende que deve ser considerado o primeiro demonstrativo apresentado pelo diligente, o que apenas realiza retificações no demonstrativo da Decisão Recorrida.

Na assentada do julgamento o PAF foi encaminhado em diligência à ASTEC solicitando que fiscal estranho ao feito levantasse na contabilidade da empresa autuada, relativamente ao período fiscalizado, o valor total das vendas de mercadorias sujeitas à tributação ICMS e o total da prestação de serviço.

Como resposta, a ASTEC elaborou demonstrativo de débito, separando os produtos relacionados à prestação de serviços, sujeitos ao ISS, daqueles relacionados à operação de circulação de mercadorias, sujeitos ao ICMS. Além disso, não incluiu no rol dos produtos tributados o Pára-Brisa Dianteiro de Automóvel (Nota Fiscal nº 163) adquirido de empresa localizada em São Paulo, entendendo que caberia ICMS da diferença de alíquota de 10%, cujo valor seria de R\$20,00. Concluiu que o valor total do débito é de R\$9.571,16.

O contribuinte, manifestando-se sobre a diligência, concordou com os termos da mesma.

## VOTO

A autuação empreendida está fundamentada em presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de entradas não contabilizadas. Como se trata de uma presunção legal *juris tantum*, o ônus de provar a inexistência das referidas omissões cabe ao recorrente e este, em seu Recurso Voluntário, centralizou seus argumentos em mencionar que determinados documentos objeto da autuação diziam respeito a produtos utilizados na prestação de serviços fotográficos, sem, contudo, demonstrar suas afirmações com elementos probatórios. Em apego a verdade material, a douta PROFAZ converteu o PAF em diligência para a verificação da veracidade dos argumento do recorrente. Em resposta a diligência realizada, a ASTEC informa que não pode realizar a separação dos documentos de acordo com o destino dado a cada produto, de forma que apenas fez retificações nos demonstrativos apresentados na Decisão Recorrida, reduzindo o montante do débito. Na assentada de julgamento o processo foi novamente convertido em diligência, para que fosse realizado demonstrativo de débito com base no livro de apuração do ICMS e do ISS, no intuito de se promover a separação dos produtos sujeitos aos respectivos impostos.

A ASTEC, em manifestação conclusiva, elaborou o solicitado demonstrativo, separando os produtos relacionados à prestação de serviços, sujeitos ao ISS, daqueles relacionados à operação de circulação de mercadorias, sujeitos ao ICMS, concluindo que o valor total do débito e de R\$9.571,16.

Por fim, a diligência identificou o produto Pára-Brisa dianteiro de Automóvel (Nota Fiscal nº 163) adquirido de empresa localizada em São Paulo, o qual caberia ICMS da diferença de alíquota de 10%, mas não o incluiu no rol dos tributados, pois incabível a modificação do fulcro da autuação.

Concordo com o conteúdo da diligência empreendida.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **n.º 120018.0006/00-0**, lavrado **FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.571,16**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, previstas no art. 61, IV, “a”, da Lei n.º 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2003.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFAZ