

A. I. N° - 110120.0004/06-9
AUTUADO - BAHIA FOTO E GRÁFICA LTDA.
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES DA PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09/07/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0209-03/07

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. 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 realizadas e também não contabilizadas. Autuado elide a exigência do imposto. Entretanto, ficou comprovado que houve cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação, devendo ser aplicada a multa compatível com o fato. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2006, refere-se à exigência de R\$24.043,54 de ICMS, acrescido da multa de 70%, tendo em vista que foi constatada omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 77 a 93), informando, inicialmente, que tem como atividade a prestação de serviços de fotografia e venda de mercadorias relacionadas à mesma área, tais como filmes, pilhas, flashes, porta-retrato, câmeras fotográficas, álbuns para fotos de casamento, formatura etc. Portanto, assegura que a sua atividade é de natureza mista, englobando a venda de mercadorias e prestação de serviços, em especial de revelação de filmes e fotos comuns e digitais, e por isso, nem toda mercadoria adquirida é destinada à revenda, havendo aquelas consumidas no processo de revelação, a exemplo de papéis especiais de impressão, produtos químicos etc. Salienta que, não sendo mercadoria adquirida para revenda, não há que se falar em incidência do ICMS, conseqüentemente, na cobrança do imposto por descumprimento de obrigação principal. Reproduz o art. 3º da Lei Complementar 87/96 e diz que o serviço relativo à fonografia, fotografia, cinematografia e reprografia consta no item 13 da Lista de Serviço, da Lei Complementar nº 116. O defendente elabora às fls. 80/81, demonstrativo das notas fiscais cujos valores deverão ser excluídos da base de cálculo do ICMS, por se tratarem de material consumido na prestação de serviço. Apresenta o entendimento que, se algo deve prosperar, seria tão-somente a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, XI, da Lei 7.014/96, “cabendo o abrandamento” estabelecido no art. 40, §7º, da mesma Lei. Em relação às Notas Fiscais emitidas pela Kodak da Amazônia Indústria e Comércio Ltda. “cujos números encontram-se mencionados nas notas fiscais da empresa Danzas Logística e Armazéns Gerais Ltda”, o autuado argumenta que a fiscalização, identificou a referência às notas fiscais emitidas pela Kodak nas notas fiscais da Danzas, e ambas se referem à mesma operação de circulação de mercadorias, prestando-se apenas a finalidades distintas. Esclarece que, antes de ser encaminhadas ao estabelecimento autuado, as mercadorias negociadas pela Kodak são enviadas

ao armazém geral da Danzas, situado em São Paulo, sendo posteriormente distribuídas para compradores em todo Brasil. Assim, é adotado o procedimento segundo o qual a Kodak emite nota fiscal tendo como destinatário o autuado, constando a observação de que a mercadoria não sairá de seu estabelecimento, mas do armazém localizado no Estado de São Paulo, que, por sua vez, emite nova nota fiscal que servirá para acompanhar a mercadoria até o estabelecimento autuado. Neste caso, as notas fiscais emitidas assumem papéis distintos, sendo que a nota fiscal da Kodak destina-se à transferência jurídica da mercadoria, e a segunda se refere à mera transferência física. Salienta que os referidos documentos fiscais circulam conjunta e concomitantemente com as mercadorias adquiridas, e ambas passaram juntas pelo CFAMT, chegando juntas ao estabelecimento, concluindo o defendente que a não escrituração das notas fiscais emitidas pela Danzas não repercute no recolhimento do ICMS, configurando simples descumprimento de obrigação acessória. Além disso, argumenta que as mercadorias constantes nas mencionadas notas fiscais são enquadradas no regime de substituição tributária ou destinadas à prestação de serviço de revelação fotográfica, conforme relação que elaborou à fl. 84, pedindo que seja afastada a pretensão fiscal em relação às mencionadas notas fiscais. Outro argumento apresentado pelo autuado se refere às mercadorias remetidas ao seu estabelecimento a título de bonificação, de acordo com as notas fiscais que apresentam o código fiscal 6.99 e 6910, NFs de números 45.283, 121.544, 207.897, 214.184, 32.646, 32.774, 178.703, 188.211, 189.823, 192.172, 195.470 e 202352. Comenta sobre o entendimento da doutrina e jurisprudência em relação aos descontos ou abatimentos e conclui que “as bonificações em mercadorias, quando incondicionais, são equiparáveis aos descontos e abatimentos concedidos, não integrando, destarte a base de cálculo do ICMS. Não há compra e venda, mas um simples atrativo utilizado pelo comércio”. Prosseguindo, o defendente alega a existência de equívocos incorridos pela fiscalização quanto ao estabelecimento destinatário das mercadorias, por isso, elabora tabela à fl. 86, indicando as notas fiscais endereçadas a outros contribuintes ou destinadas a outro estabelecimento da mesma empresa, pedindo a exclusão desses documentos do levantamento fiscal. Outra alegação apresentada pelo autuado se refere aos lançamentos no livro Registro de Entradas, desconsiderados pela fiscalização, e a escrituração contábil do pagamento das notas fiscais das compras efetivamente recebidas, sem a correspondente existência de lançamento na escrita fiscal. Diz que, em relação às NFs 14114, 19102, 27833 (por exemplo) não procede a exigência fiscal sob o argumento da ocorrência de omissão de saídas, por entender que na escrituração contábil da empresa consta que as referidas notas fiscais e as demais constantes do Anexo I do auto de Infração, foram pagas mediante cheque nominal, e a escrituração está confirmada com o correspondente extrato bancário e com os lançamentos no livro Razão. Diz que, se os pagamentos dos mencionados documentos fiscais estão registrados na escrita contábil, revela inoocorrência de omissão de saídas, conforme entendimento do próprio CONSEF, por meio do Acórdão CJF Nº 0058-11/02, cuja ementa transcreveu à fl. 88. Argumenta que a falta de lançamento no livro Registro de Entradas não traz prejuízo para o Estado, causando prejuízo para o próprio autuado, uma vez que não é utilizado o crédito fiscal relativo ao montante do imposto cobrando na operação anterior. Por isso, entende que é improcedente a exigência fiscal relativa às operações elencadas no Anexo 1, alegando que não há fato passível de cobrança do imposto fundado na presunção de omissão de saídas por falta de registro de notas fiscais de aquisição de mercadorias, tendo em vista que os pagamentos foram lançados na escrita contábil. Em relação à multa aplicada com base no art. 42, III, da Lei 7.014/96, o defendente alega que não restou demonstrada a prática de qualquer ato fraldulento mediante os levantamentos indicados no mencionado dispositivo legal, que alega não ter sido realizado, alegando também, que não cabe aplicação da citada multa, devendo ser exigida a multa de 1%, apresentando a ementa de julgamento recente do CONSEF, neste sentido. Transcreve o §7º do art. 40 da Lei 7.014/96, bem como o inciso XI do art. 42 da mencionada Lei, pedindo a revisão da multa aplicada, reiterando o argumento de que a maior parte das operações não registradas não envolve caso de incidência do ICMS, e por isso, não há que se falar em falta de recolhimento do imposto. Finaliza, pedindo a

improcedência do presente Auto de Infração: a) em relação às notas fiscais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, no desenvolvimento das atividades de prestação de serviço; b) em relação às notas fiscais emitidas pela Danzas; c) em relação às notas fiscais com CFOP 6.99, que se referem a bonificação em mercadorias, por inexistência de base de cálculo compatível com a regra matriz do ICMS; d) em relação às notas fiscais que possuem destinatário diverso do autuado, por ilegitimidade passiva; e) em relação aos erros cometidos pela fiscalização, por desconsiderar a existência de lançamentos de parte das notas fiscais nos livros Registro de Entrada ou Razão, bem como os pagamento através de conta bancária, regularmente lançados na escrita contábil. Pede ainda, que seja aplicada penalidade de 1% por descumprimento de obrigação acessória, por entender que não houve prejuízo ao Estado ou comprovada má fé do autuado. Requer a realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito e protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando a juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres e decisões de tribunais administrativos e judiciais.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 205 a 207 dos autos, reconhece a procedência do argumento defensivo em relação às mercadorias recebidas para utilizar na prestação de serviços. Diz que o correto seria cobrar a multa de 1% do valor comercial dessas mercadorias e multa fixa no período em que o autuado funcionou como empresa de pequeno porte (07/2002 a 12/2003). Quanto às notas fiscais da empresa Kodak diz que o autuado comprovou que as operações com as notas fiscais da Danzas Logística e Armazéns Gerais referem-se à mesma operação de circulação acobertadas pelas notas fiscais da Kodak Amazônia Indústria e Comércio Ltda. Informa que excluiu as notas fiscais nessa situação. Em relação às bonificações com mercadorias, informa que também excluiu as notas fiscais, que por um lapso foram consideradas na base de cálculo do imposto exigido. Reconhece que, erroneamente, a autuação incluiu na base de cálculo do débito apurado as notas fiscais de outras empresas, e por isso, retirou os respectivos valores. Acata a alegação defensiva em relação aos lançamentos efetuados no livro Registro de Entradas, e dos lançamentos na escrita contábil, desconsiderados no levantamento fiscal. Por fim, a autuante informa que a autuação deve ser modificada para exigência de multa fiscal por falta de lançamento de notas fiscais de mercadorias e materiais de uso no serviço de revelação, não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, ou não declaradas na DME, relativas ao período em que o autuado funcionou como empresa de pequeno porte, conforme demonstrativos que acostou aos autos, fls. 208 a 212.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 221/222, aduzindo que, cotejando os novos demonstrativos elaborados pela autuante com os elementos apresentados na impugnação inicial, percebe-se que a autuante acatou as razões de defesa em sua totalidade, concluindo pela insubsistência da exigência do imposto. Apresenta o entendimento de que o julgamento deve determinar a exigência tão somente da multa de 1% sobre o valor das notas fiscais que não foram registradas, considerando as normas de não incidência do imposto. Requer que o processo seja julgado no estado em que se encontra; pede a procedência parcial do Auto de Infração para a cobrança da multa de 1% (de janeiro de 2001 a junho de 2002), excluindo as notas fiscais referentes a bonificação de números 207897 e 214184; observando a condição de EPP, no período de julho de 2002 a dezembro de 2002 (excluindo da base de cálculo as notas fiscais referentes a bonificação de números 32646 e 32774).

Em nova informação fiscal prestada à fl. 224, a autuante diz que nada tem a acrescentar em relação à manifestação do defendente.

VOTO

Inicialmente, não acato a solicitação do autuado para a realização de diligência, ficando rejeitado o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide, e não ficou caracterizada a necessidade de realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, diante do

levantamento fiscal efetuado com base nos documentos fiscais do autuado e na legislação pertinente.

Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas correspondentes a notas fiscais constantes nos demonstrativos acostados aos autos.

Em sua impugnação, o autuado pede a improcedência do presente lançamento: a) em relação às notas fiscais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, no desenvolvimento das atividades de prestação de serviço; b) em relação às notas fiscais emitidas pela empresa Kodak porque as operações com as notas fiscais da Danzas Logística e Armazéns Gerais referem-se à mesma operação; c) em relação às notas fiscais com CFOP 6.99, que se referem a bonificação em mercadorias, por inexistência de base de cálculo compatível com a regra matiz do ICMS; d) em relação às notas fiscais que possuem destinatário diverso do autuado, por ilegitimidade passiva; e) em relação aos erros cometidos pela fiscalização, por desconsiderar a existência de lançamentos de parte das notas fiscais nos livros Registro de Entrada ou Razão, bem como os pagamento através de conta bancária, regularmente lançados na escrita contábil.

Diante da comprovação apresentada pelo contribuinte, a autuante reconhece os equívocos apontados pelo autuante nas razões defensivas, tendo informado que a autuação deve ser modificada para exigência de multa fiscal por falta de lançamento de notas fiscais de mercadorias e materiais de uso no serviço de revelação não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, ou não declaradas na DME, relativas ao período em que o autuado funcionou como empresa de pequeno porte, conforme demonstrativos que acostou aos autos, fls. 208 a 212.

Analisando os documentos apresentados pelo defendente em confronto com o levantamento fiscal, acato as conclusões apresentadas pela autuante, e concluo que devem ser excluídos os valores correspondentes ao imposto originalmente exigido.

Entretanto, saliento que a legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

Assim, apesar de não subsistir a exigência do imposto, está caracterizada a falta de lançamento na escrita fiscal de notas fiscais lançadas na escrita contábil; notas fiscais relativas a bonificação e documentos fiscais relativos a material consumido na prestação de serviço, o que foi reconhecido pelo defendente. Portanto, houve cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação, devendo ser aplicada a multa compatível com o fato.

Neste caso, com base no art. 157, do RPAF/99, é devida a multa, conforme demonstrativo elaborado pela autuante à fl. 212, inclusive o valor de R\$140,00, relativo ao período em que o autuado funcionou como empresa de pequeno porte.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$1.102,12.

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 110120.0004/06-9, lavrado contra **BAHIA FOTO E GRÁFICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$1.102,12**, previstas no art. 42, incisos IX, XI e XVIII “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA