

**A. I. N°** - 281318.0702/07-0  
**AUTUADO** - MOESE SOUZA & CIA. LTDA.  
**AUTUANTE** - JOÃO CARLOS MEDRADO SAMPAIO  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS  
**INTERNET** - 18.03.09

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0028-04/09**

**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 realizadas e também não contabilizadas. Comprovado que parte das notas fiscais foram relacionadas em duplicidade. Diligência fiscal refez os demonstrativos originais aplicando a proporcionalidade em relação às saídas tributadas. Reduzido o valor do débito. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 10/07/2007, exige ICMS no valor de R\$25.641,30 acrescido da multa de 70% em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas.

O autuado apresentou defesa (fls. 144 e 145), afirmando que foi acusado da omissão de saídas de mercadorias não registradas em livro próprio, ressaltando que é dispensada de escrituração a teor do art. 315, II do RICMS/BA.

Diz que está em dia com o recolhimento mensal do imposto, nos termos da legislação vigente e alega que conforme demonstrativo do Anexo I (fls. 146 e 147), diversas compras de mercadorias são destinadas a prestação de serviços. Entende que não sendo destinadas a comercialização, estão desoneradas do ICMS, nos termos do art. 6º, VI e XVI, “g” do RICMS/BA. Esclarece que seu estabelecimento efetua revelação de fotografias, o que prova a veracidade da defesa, não tendo infringido os artigos descritos no Auto de Infração.

Aduz que nas vendas efetivadas entre o período de 01/2005 a 12/2005, não houve sequer saídas de mercadorias expressas nas notas fiscais de compra relacionadas no Anexo I, acostado à defesa.

Junta à defesa o Anexo II (fl. 148), no qual relacionou notas fiscais de compras de mercadorias com o imposto pago antecipadamente, de acordo com art. 353, II do RICMS/BA, estando desobrigado do pagamento de ICMS no momento da saída das referidas mercadorias.

Alega ter sido autuada por arbitramento sob a acusação de ter infringido o art. 218 do RICMS/BA, como se fosse optante do Regime Normal de Apuração do ICMS, onde não foi sequer observada a conta compensação do imposto, em detrimento de que na época da ocorrência dos fatos geradores, a empresa era optante do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).

Formaliza que existiu equívoco por parte do autuante, quando calculou indevidamente o débito, repetindo duas vezes o mesmo valor de compra em que existiu apenas uma, conforme relação de notas fiscais do Anexo III (fls. 149/150). Ressalta que por não estarem disponíveis junto com o Auto de Infração, algumas notas fiscais não foram relacionadas no Anexo III.

Finalmente, solicita a revisão dos fatos e documentos, que seja acolhida a defesa e que se julgue improcedente o Auto de Infração.

O autuante na informação fiscal prestada à fl. 163, informa que a autuação refere-se à omissão de entradas de mercadorias, conforme listagens das notas fiscais apensadas ao processo, coletadas junto ao Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT). Diz que além dos originais juntados ao processo, foi efetuada circularização junto aos fornecedores do autuado, com as respectivas confirmações anexas.

Com relação às notas fiscais cobradas em duplicidade, esclarece que na verdade são notas fiscais que se referem à mesma operação, por terem sido enviadas da Amazônia para São Paulo e redespachadas para o destinatário, reconhecendo que o Anexo III juntado pelo recorrente, há de fato notas fiscais em duplicidade, o que motivou uma revisão no levantamento fiscal com sua exclusão, conforme novo demonstrativo apresentado à fl. 164. Ressalta que, contudo, no referido Anexo apresentado pelo autuado, há várias notas que não foram efetivamente cobradas em duplicidade e não foram excluídas, conforme quadro demonstrativo à folha 163.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, conforme documento à fl. 170, tendo o mesmo se manifestado acerca da informação fiscal (fls. 174 a 176), reiterando o teor da defesa anteriormente apresentada, acrescentando que anexou comunicado assinado e carimbado pelo seu maior fornecedor (fl. 269), a Kodak Brasileira Comércio de Produtos para Imagens e Serviços Ltda, atestando que os produtos destinados à impugnante são utilizados no processo de impressão de fotografias (prestação de serviços).

Ressalta que a nota fiscal 326773 emitida pela KODAK, refere-se a uma máquina, que seria utilizada para impressão de fotografias digitais e que por ter sofrido uma queda no momento de sua instalação, foi danificada completamente, conforme fotografias juntadas às fls. 265 a 268.

Por fim diz que espera não prevalecer a autuação e requer a improcedência do Auto de Infração.

Esta JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 456), para que o autuado fosse intimado para apresentar livros e documentos fiscais, apurasse o percentual de saídas isentas e não tributadas em relação à receita total e aplicasse o percentual de saídas tributadas relativamente ao ICMS exigido.

No Parecer ASTEC 034/2008 (fls. 458/459), o diligente informa que em cumprimento da diligência intimou o autuado para apresentar os livros de Registro de ISS e de Registro de Saída de Mercadorias. Com base nos livros apresentados, tomando como base o demonstrativo das omissões elaboradas pelo autuante à fl. 164, aplicou a proporcionalidade entre as receitas com vendas de mercadorias e de prestação de serviços, o que reduziu o débito para R\$11.241,67, de acordo com o demonstrativo juntado à fl. 460.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 495), tendo o mesmo se manifestado à fl. 498, dizendo que o mencionado parecer não representa a realidade das informações contábeis apresentadas pelo autuado. Cita como exemplo as inconsistências existentes no demonstrativo à fl. 460, tendo em vista que as saídas apontadas nos meses de setembro e outubro/05, não estão de acordo com a documentação fiscal anexada aos autos. Requer que seja elaborado novo parecer sem as inconsistências apontadas.

Esta JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 502) à ASTEC/CONSEF para que o diligente esclareça quanto às inconsistências indicadas pelo autuado em relação ao parecer acostado às fls. 458/459.

A diligente exarou o Parecer 137/08 (fl. 502-A), no qual esclareceu que “ao anexar a página do livro Registro de Saídas onde consta o valor contábil e o tributado de todos os meses do exercício de 2005, não o fez quanto aos meses de setembro e outubro, apresentando apenas a página onde consta o valor contábil das operações realizadas com contribuinte de São Paulo”. Juntou às fls. 509 a 514 as páginas do livro Registro de Saídas para demonstrar que os valores indicados no demonstrativo original (fl. 460) estão corretos relativos aos meses de setembro e outubro/05.

Reconheceu que em relação ao mês de junho/05, foi indicado na coluna 'C' do demonstrativo à fl. 460, o valor de R\$377,50 relativo a receita de prestação de serviços, quando o valor correto é de R\$577,50. Juntou à fl. 511 novo demonstrativo refeito, no qual indicou valor devido remanescente de R\$11.054,73.

A Inspetoria Fazendária cientificou o autuante e intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 513) e concedeu prazo de dez dias para que se manifestassem caso quisessem, o que não ocorreu no prazo legal.

## VOTO

O Auto de Infração acusa omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas.

Na defesa apresentada alega que:

- 1) é dispensada de escrituração a teor do art. 315, II do RICMS/BA;
- 2) diversas compras de mercadorias são destinadas a prestação de serviços (revelação de fotografias), não havendo saídas subsequentes de mercadorias tributadas pelo ICMS, tendo inclusive juntado declaração neste sentido do fornecedor;
- 3) partes das mercadorias adquiridas tiveram o imposto pago antecipadamente e que encerra a fase de tributação;
- 4) o imposto foi exigido pelo regime normal de apuração do ICMS, sem ter compensado o imposto, e na época da ocorrência dos fatos geradores, era optante do SIMBAHIA;
- 5) o levantamento fiscal contempla notas fiscais em duplicidade.

Na informação fiscal prestada, o autuante contestou as quatro alegações iniciais e acolheu o argumento quanto às notas fiscais relacionadas em duplicidade, tendo refeito o demonstrativo original, conforme documento acostado às fls. 164 a 168, o que resultou em redução do débito para R\$20.864,16.

O recorrente, na manifestação acerca da informação fiscal, reiterou os argumentos apresentados na defesa original, e acrescentou que a nota fiscal 326773, emitida pela KODAK, refere-se a aquisição de uma máquina, a qual foi completamente danificada, no momento de sua instalação.

Com relação ao argumento de que é dispensada de escrituração, observo que conforme disposto no art. 408-C do RICMS/BA, com redação vigente à época da vigência dos fatos geradores (2005), as ME e EPP, não estavam desobrigadas a escriturar o livro Caixa, no qual deveria ser registrado os pagamentos de todas as compras realizadas, inclusive das mercadorias adquiridas consignadas nas notas fiscais objeto da autuação.

O ICMS foi exigido no presente lançamento a título de presunção, conforme estabelecido no art. 4º, § 4º, IV (art. 2º, § 3º, IV do RICMS/BA) da Lei nº 7.014/96, que 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 entradas de mercadorias ou bens não registrados.

A presunção legal é relativa, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante comprovar que o pagamento das mercadorias adquiridas, que tinham sido registradas corretamente no livro Caixa, como isso não ocorreu, não pode ser acatada esta alegação. Além disso, mesmo estando dispensado de escriturar o livro de Registro de Entrada de Mercadorias, nada impedia que fizesse a sua escrituração, tendo o autuante juntado cópia das folhas do mencionado livro às fls. 21 a 32, o que comprova, também, o não registro das notas fiscais objeto da autuação.

Com relação às alegações de que partes das mercadorias são destinadas a prestação de serviços e outras tiveram o imposto pago antecipadamente, observo que o imposto foi exigido por presunção de omissão de saídas anteriores, logo não se está exigindo imposto daquelas mercadorias adquiridas e sim dos recursos empregados no seu pagamento que não foram anteriormente contabilizados.

Entretanto, considerando que em determinadas circunstâncias o CONSEF tem acolhido pedidos de aplicação da proporcionalidade, com relação a imposto exigido a título de presunção, relativo a contribuintes que exerçam atividades mistas (venda de mercadorias e prestação de serviço), foi realizada diligência fiscal pela ASTEC/CONSEF, em que a diligente apurou o ICMS proporcional à omissão apurada relativo às saídas tributadas pelo ICMS, conforme demonstrativo à fl. 460, o que resultou em débito de R\$11.241,67, valor este que foi contestado pelo autuado ao tomar conhecimento do resultado da diligência.

Em atendimento a nova diligência determinada pelo CONSEF diligente no Parecer 137/08 esclareceu as divergências apontadas pelo impugnante, refez o demonstrativo para contemplar valor computado equivocadamente relativo ao mês de junho/05. Tanto o contribuinte como o autuante não contestaram o resultado da segunda diligência.

Quanto ao argumento de que foi exigido imposto apurado pelo regime normal, sem ter compensado o imposto pago, verifico que tal situação é prevista no art. 15, V da Lei nº 7.357/98, com redação dada pela Lei nº 7.556/02, quando o contribuinte inscrito no SimBahia incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, perde os benefícios fiscais do tratamento tributário previstos no regime simplificado de apuração do ICMS. No presente lançamento, o imposto foi exigido, na condição de contribuinte normal de apuração, por ter sido constatada omissão de receita apurada através de entradas não registradas. Este procedimento é previsto na legislação a partir do Decreto nº 7.867/00, que alterou o RICMS/97, com efeitos a partir de 01/11/00, quando o contribuinte incorrer na prática de infrações de natureza grave, nos termos do art. 408-L, V do mesmo Regulamento (art. 915, III, IV e a alínea "c" do inciso V do RICMS/97). Ressalto que neste caso foi concedido o crédito presumido de 8% previsto na legislação, conforme demonstrativo refeito pelo diligente apensado à fl. 511.

Com relação ao argumento de que a nota fiscal 326773, emitida pela KODAK, refere-se a uma máquina, que foi danificada completamente, também não pode ser acatado, conforme apreciado anteriormente, o imposto foi exigido a título de presunção, por não ter registrado as notas fiscais objeto da autuação, inclusive a nota fiscal supra mencionada. Neste caso, para elidir a presunção, o contribuinte poderia comprovar a regularidade do pagamento (livro Caixa), ou que houve devolução do produto e, conseqüentemente, não houve pagamento. Como não ficou comprovado, deve ser mantida a exigência fiscal em relação ao citado documento.

Face ao exposto, acato o demonstrativo juntado pela diligente à fl. 511 e considero devido o valor de R\$11.054,73, conforme demonstrativo de débito juntado à fl. 502-B.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281318.0702/07-0**, lavrado contra **MOESE SOUZA & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.054,73**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR