

**A. I. N°** - 269197.0002/09-5  
**AUTUADO** - ELO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA  
**AUTUANTE** - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 23/12/2009

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0399-03/09

**EMENTA:** ICMS 1. PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. ICMS COBRADO SOBRE AS OPERAÇÕES DE ENTRADAS, VALOR DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA. Imputações não contestadas. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE USO OU CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo e ativo fixo. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 26/03/2009 e exige ICMS no valor total de R\$7.239,85, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados. Consta, na descrição dos fatos, que trata-se de Empresa de Pequeno Porte – EPP no exercício de 2005 – meses de fevereiro, maio a julho, que omitiu receitas de saídas de mercadorias provenientes de operações com notas fiscais não contabilizadas, infração apurada no livro Caixa, tendo sido concedido o crédito presumido de 8% previsto no §1º do artigo 408-S do RICMS/BA. Demonstrativo à fl.10. ICMS no valor de R\$ 160,14, acrescido da multa de 70%.

Infração 02. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte, na condição de empresa sob regime normal de apuração, omitiu o registro de dados de notas fiscais no livro Registro de Entradas e no livro Caixa, tendo sido aplicado o critério da proporcionalidade com base nos dados das saídas de mercadorias, na Declaração e Apuração Mensal - DMA. Exercício de 2006 – meses de outubro e dezembro; Exercício de 2007 – meses de fevereiro, abril, outubro a dezembro. Demonstrativo à fl. 25. ICMS no valor de R\$ 594,25, acrescido da multa de 70%.

Infração 03. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Exercício de 2007 – meses de junho, julho, setembro a dezembro. Demonstrativos às fls. 46 e 47. ICMS no valor de R\$ 5.700,21, acrescido da multa de 60%.

Infração 04. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo

lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2007. Demonstrativo à fl. 61. ICMS no valor de R\$ 531,12, acrescido da multa de 70%.

Infração 05. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício de 2006. Demonstrativo à fl. 325 (volume II). ICMS no valor de R\$ 254,13, acrescido da multa de 70%.

Às fls. 493 a 496 (volume III) o sujeito passivo ingressa com impugnação parcial ao lançamento de ofício, contestando a Infração 03, e acatando as demais imputações. O contribuinte faz referências ao Regulamento do ICMS, artigos 111, III, “c”, e artigo 36, afirmando que somente há incidência de ICMS em operações de circulação de mercadorias. Que se não houver circulação de mercadoria, não poderá haver ICMS, ainda que sob a modalidade de diferença de alíquota, quando há a aquisição de bens destinados ao uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente. Ressalta que bens promocionais cedidos em comodato não podem ser confundidos com bens adquiridos para uso, consumo ou ativo imobilizado. O contribuinte afirma que a simples verificação das Notas Fiscais, inclusive quanto ao Código Fiscal de Operações e Prestações - CFOP 6949 - outras saídas de mercadoria ou prestação de serviços não especificados - demonstraria que se trata de entrada de materiais promocionais no estabelecimento. Afirma que utilizou o material promocional para aplicá-los nas campanhas de divulgação dos produtos fabricados pelos remetentes, sem pagar por tal material promocional, que lhe é enviado gratuitamente e do qual não é proprietário, mas simples comodatário. Conclui pedindo pela improcedência da Infração impugnada. Requer o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal como *custus legis*.

Junta, às fl. 497 e 499, declaração da empresa Art Services Soluções e Logística, na qual a declarante expõe que o material promocional destinado ao autuado, pelo qual este não paga, recebendo-o como comodatário, pertencem à empresa Procter & Gamble, da qual o destinatário, ora autuado, é representante neste Estado.

Às fls. 500 a 502 (volume III) o autuante presta Informação Fiscal. Discorre, inicialmente, sobre os fatos e as alegações defensivas. Em seguida argumenta que na Infração impugnada existe a exigência da diferença de alíquota nas remessas efetuadas pelas empresas Art Serviços Soluções LTDA e Kalunga Comércio e Indústria Gráfica LTDA, e que o autuado impugna a cobrança somente em relação à primeira. O autuante alega que não resta dúvida que o sujeito passivo na relação é um atacadista. Diz que, verificando as notas fiscais, as mercadorias foram remetidas com o valor de 7% destacado a título de ICMS. Argui ser correta a exigência da diferença de alíquota uma vez que as remessas foram feitas com incidência de imposto, e cita os artigos 7º, III, a e 1º, §2º, IV. Argumenta que a declaração do remetente (fl. 497), na qual está citado que o autuado é apenas um prestador de serviço da empresa Procter & Gamble, está datada de 30/04/2009, tendo sido emitida após a ação fiscal. Que ficou claro que as mercadorias remetidas são para uso e consumo para a empresa, destinando-se a impulsionar as vendas dos produtos que o autuado representa, e por isso solicita a procedência total do Auto de Infração.

À fls. 504 a 506, extratos SIGAT/SEFAZ com pagamento do valor principal de R\$2.110,37.

## VOTO

Preliminarmente, quanto ao pedido do autuado para a atuação da PGE neste processo, observo que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento

de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, reconhecido o cometimento de parte das infrações objeto da autuação.

Assim, inexistente a necessidade da atuação desse Órgão para a formação do meu convencimento, pelo que indefiro o pedido neste sentido.

O contribuinte poderá peticionar para que a PGE participe da lide em segunda instância de julgamento administrativo, caso ingresse com recurso voluntário.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No mérito, o Auto de Infração em lide trata de cinco imputações, conforme descrito no Relatório que antecede este voto.

Quanto às imputações 01, 02, 04 e 05, reconhecidas pelo sujeito passivo, inexistente lide a respeito, o que atesta a sua procedência.

No que tange à Infração 03, falta de recolhimento de ICMS relativo a diferença de alíquota pela aquisição, em outra Unidade da Federação, de bens de uso, ou material de consumo, com demonstrativo às fls. 46 e 47, a infração está embasada nas notas fiscais anexadas pelo Fisco às fls. 48 a 58 nas quais, tal como afirma o preposto do Fisco, está destacado o ICMS.

Quanto à fundamentação legal desta imputação, determinam os artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso XV, ambos da Lei nº 7.014/96:

*Lei nº 7.014/96:*

*art. 2º. O ICMS incide sobre:*

*IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual (...), quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes;*

*art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual (...), quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.*

Disposição regulamentada pelo artigo 5º, inciso I, do RICMS/BA:

*art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:*

*I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;*

Ressalto que, tal como exposto pelo autuante, nos termos do artigo 7º, caput e inciso III, do RICMS/BA, não seria devido o pagamento da diferença de alíquota se a operação houvesse sido praticada sem a incidência do imposto, mas ocorre a incidência do ICMS, destacado nos mencionados documentos fiscais de fls. 48 a 58.

Ainda que o contribuinte argua que se trata de material promocional, na verdade os materiais, entre os quais constam *displays* organizadores de balcão e gôndolas, móvel metálico de chão, cartuchos de *tonner*, bobinas para máquinas calculadoras, bobinas de papel para forrar balcões, constitui-se em material utilizado para a comercialização dos produtos no estabelecimento, a ser consumido na comercialização das mercadorias objeto da atividade do sujeito passivo. Ademais, em relação ao material adquirido da empresa Kalunga Comércio e Indústria Gráfica LTDA, com cópias de notas fiscais acostadas às fls. 54, 56 e 58, o contribuinte nada contesta de forma objetiva.

Por outro lado, embora o contribuinte argumente que se trata de comodato, em relação às operações comerciais com a empresa Art Serviços Soluções LTDA, não anexa, a este processo, documentos que embasem esta afirmativa, a exemplo de contrato neste sentido. Nestes termos, é procedente a Infração 01.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269197.0002/09-5**, lavrado contra **ELO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.239,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.700,21 e 70% sobre R\$1.539,64, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “f”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR