

N. F. Nº - 210613.0010/17-7

NOTIFICADO - BARRETO ATACADO ALIMENTOS LTDA.

NOTIFICANTE - HILTON MARINHO SILVA CAVALCANTE

ORIGEM - INFRAZ ITABUNA

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/01/2021

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0250-04/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A exigência do imposto a título de omissão de saídas de mercadorias tributáveis com base na presunção legal prevista pelo Art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, só é admitida quando tal apuração se processa através de exames levados a efeito na escrita contábil do contribuinte. No caso em tela, o exame foi feito exclusivamente na escrita fiscal do sujeito passivo, situação esta que caberia aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória prevista pelo Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96. Inteligência da Súmula nº 07/2019 do CONSEF. Notificação Fiscal NULA. Declaração de ofício. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Notificação Fiscal expedida em 29/09/2017 objetivando reclamar crédito tributário no valor histórico de R\$4.959,80 mais acréscimos moratórios no valor de R\$619,09 e multa na quantia de R\$4.959,80, totalizando o valor reclamado o montante de R\$10.538,69, em face da seguinte acusação: *“Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entrada de mercadorias não registradas. Apurada a partir da constatação de aquisições de mercadorias, bens e serviços não registrados na escrituração fiscal. Presunção autorizada conforme determinação do Artigo 4º, § 4º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96”.*

O sujeito passivo, ingressou com Justificação contra a Notificação Fiscal, fls. 25 a 28, asseverando ser indevida a exigência tributária tendo em vista que as notas fiscais não escrituradas se referem a operações de transferências internas, entre os estabelecimentos matriz e filial, assim como notas fiscais de aquisições de produtos para uso ou consumo próprio.

Pontuou que o notificante calculou o índice de proporcionalidade de acordo com a Instrução Normativa 56/2007 tendo utilizado como critério o total das mercadorias escrituradas em cada mês, ao invés de considerar apenas os produtos tributados nas poucas notas não escrituradas no mês, ou seja, este índice de proporcionalidade, no seu entender, poderia ser aplicado se fosse a totalidade das aquisições de mercadorias ou a maioria não escriturada no mês da cobrança, acrescentando que no cálculo elaborado pelo autuante também existem notas fiscais de mercadorias transferidas para a filial a título de uso e consumo e de simples remessa em comodato não sujeitas a incidência do ICMS, conforme demonstrado à fl. 26.

Em seguida passou a pontuar outros equívocos cometidos pelo notificante conforme abaixo reproduzido:

- O ICMS com data de ocorrência de 29/02/2016 no valor total de R\$419,23 é totalmente indevido, pois teve origem na cobrança da NF-e 14163 de 03/02/2016 no valor de R\$3.659,28, que é de operação de transferência de mercadorias entre a outra filial, conforme nota fiscal, onde parte das mercadorias discriminadas na nota fiscal são de mercadorias no regime de substituição tributária, Salgados – NCM 19041000, Emulsificante Portogel – NCM 21069090, sendo portanto, indevido, o valor do ICMS exigido.

- O ICMS cobrado do Mês 03/2016 no valor total de R\$3.058,12 e demais meses, é totalmente indevido, pois foi cobrado sobre 3 notas fiscais de operações de transferências, as NF-e 14.629,

NF-e 14.630 e NF-e 14.639, emitidas 21/03/2016, 21/03/2016 e 22/03/2016, respectivamente, conforme notas fiscais em anexo, não sendo considerado que houve diversas mercadorias no regime de substituição tributária, como por exemplo, caramelo e bombons de chocolates – NCM 18069000, Refri Goob – NCM 22021000, Bombons de chocolate – NCM 18063, Salgadinhos Plic churrasco – NCM 19041 e NCM 19041, Biscoito fofinho – NCM 19053100. Desta forma, considerou totalmente indevido a cobrança de ICMS no mês 03/2016 e demais meses onde houve cobrança de ICMS sobre NF-e de operações de transferências, conforme demonstrativos de NF-e não escriturados, discriminados acima.

- A cobrança de ICMS sobre a NF-e 9630 emitida em 16/08/2016 no valor de R\$73,00 é indevida, pois a operação é interna de aquisição de teclado USB BT, adquiridas no fornecedor na própria cidade de Itabuna-BA, Luc Service Comercio e Serviços Ltda., classificada como mercadoria de uso e consumo, conforme nota fiscal em anexo. Da mesma forma que a cobrança de ICMS sobre a NF-e 13.491, emitida em 14/10/2017 no valor de R\$890,00 também é indevida, pois trata-se de aquisição de produtos adquiridos para uso e consumo, adquirida no fornecedor na mesma cidade de Itabuna-BA, COMÉRCIO DE TINTAS CAPRI LTDA, conforme produtos discriminados de nota fiscal em anexo (Latex Suvinil, Lixa massa, massa corrida, aguarrás, estopas pratas, pincel, bisnaga preto, thinner sovlista, catalisador), além de operações internas de aquisições de produtos de uso e consumo.

- A cobrança de ICMS sobre a NF-e 472 emitida em 21/09/2016 no valor de R\$65,00 também é indevida, pois se refere a operação interna de aquisição de material de uso e consumo, referente à compra de mini swuitch 8 portas adquirido ao fornecedor W3 CONN CONSULTORIA EM TI LTDA, sendo, portanto, cobrança indevida de ICMS sobre esta nota fiscal.

- Não é devido o ICMS sobre as NF-e 1768 e 1769 emitida em 01/12/2016 junto ao fornecedor Direct Facil Administradora de cartões EIRELI nos valores de R\$578,51 e R\$1.216,61, pois se tratam de operações de remessas de entradas através de contrato de comodato (CFOP 1.908), conforme notas fiscais em anexo, acrescentando que também não é devido a cobrança de ICMS sobre a NF-e 16.946 de 05/12/2016, pois se trata de operações de entradas de transferências internas emitidas no livro de saída da outra filial, com parte dos produtos no regime de substituição tributária, onde o ICMS já foi pago anteriormente, conforme nota fiscal em anexo, sendo produtos no regime ST: Amendoim Mendupa – NCM 20081100; Amendoim – NCM 18069000; Emulsificante portogel – NCM 21069090). Desta maneira considera a cobrança de ICMS com data de ocorrência de 31/12/2016, no valor total de R\$2.267,30, sobre essas notas fiscais totalmente indevida.

Em conclusão requereu que sejam analisadas, apreciadas e decididas as questões postas, e que o notificante reconheça os equívocos do lançamento efetuado, pugnando ao final que a Notificação Fiscal seja julgada Improcedente.

O notificante apresentou a Informação Fiscal, fl. 51, rebatendo o argumento defensivo de ser indevida a cobrança levada a efeito, na medida em que não importa à presunção em tela a natureza das mercadorias adquiridas, mas, sim, o fato de não terem sido registradas.

Disse que o lançamento é decorrente de falta de pagamento do ICMS, apurado por presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, decorrentes da falta de registro, nos seus livros, de notas fiscais de entradas de mercadorias não contabilizadas, e que, por se tratar de presunção relativa, *juris tantum*, que pode ser desfeita pela prova em contrário, não tendo o notificado apresentado qualquer prova que possa desfazer o fato legalmente presumido.

Concluiu requerendo que a Notificação Fiscal seja julgada procedente.

VOTO

A acusação fiscal, se reporta a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas pelo autuado **em sua escrita fiscal**. Foi aplicada a presunção legal prevista pelo Art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, que assim se apresenta:

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

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar: I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

Examinando as peças constitutivas dos presentes autos vejo que o levantamento fiscal tomou por base dados extraídos exclusivamente da escrita fiscal do notificado, enquanto que, a presunção legal acima descrita remete a exames eminentemente sob a ótica da escrita contábil, onde se poderá aferir a repercussão dos pagamentos efetuados, porém não contabilizados.

Apesar do levantamento levado a efeito pelo notificante ter incluído operações que não representam desembolso de numerário, a exemplo de transferências internas de mercadorias e operações a título de comodato, deixo de me aprofundar a respeito desta questão, pois estou convencido que, em se tratando, neste caso, de constatação de falta de escrituração notas fiscais na escrita fiscal do notificado, este fato não autoriza, por si só, a exigência de imposto a título de presunção de saídas de mercadorias tributáveis e, sim, seria o caso de aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais de entradas, conforme se verifica através do Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Este entendimento está em consonância com a jurisprudência consolidada neste órgão julgador, consoante se verifica através da Súmula nº 07/2019 do CONSEF:

“Não se aplica a presunção de omissão de saídas prevista no inciso, IV, do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, quando as entradas das mercadorias ou bens tenham sido escrituradas nos livros contábeis, hipótese em que se aplicará apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória”.

E considerando que não consta dos autos que o notificante tenha efetuado qualquer exame na escrita contábil do notificado para acusar que a falta de escrituração também ocorreu sob a ótica contábil, não poderia, desta forma exigir o imposto por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, razão pela qual, de ofício, voto pela nulidade da presente Notificação Fiscal.

A repartição fazendária de origem examinará a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo da falha apontada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 210613.0010/17-7, lavrada contra **BARRETO ATACADO ALIMENTOS LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente que examine a possibilidade da instauração de procedimento fiscal, em fiscalização no estabelecimento, a salvo de falhas acima expostas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR