

A. I. Nº - 281332.0035/21-6
AUTUADO - A & E SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - MÔNICA CAVALCANTI SILVA ARAÚJO
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.06.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0088-05/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos juntados ao processo pelo impugnante, comprovam que parte das notas fiscais que não foram registradas se referem a recebimentos de mercadorias que não ocorreu desembolso financeiro (bonificações), e não caracteriza omissão de saídas por presunção (art. 4º, § 4º, IV da Lei 7.014/96). Refeitos os demonstrativos, o que implicou na redução do débito. Infração elidida em parte. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. Infração não contestada. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 24/09/21, e exige ICMS no valor de R\$ 50.237,40, acrescido da multa de 100%, além de multa por descumprimento de obrigações totalizando R\$ 1.274,19, em decorrência das seguintes infrações:

01. Omissão de entrada de mercadorias tributáveis através de entradas de mercadorias não registradas, tanto na escrita fiscal/EFD, como na contábil/ECD (2020/2021) – R\$ 50.237,40. Multa 100%.
02. Multa percentual sobre o ICMS antecipação parcial que deveria ter sido pago, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente (2020) - R\$ 1.274,19.

O autuado na defesa apresentada (fls. 23/25), por meio dos advogados Gleidson Rodrigues da Rocha Charão, OAB/BA 27.072 e Sigmar Spanier Neto, OAB/BA 37.363, inicialmente discorre sobre as infrações e alega que conforme documentação anexa, no que se refere a infração 1, a fiscalização cometeu equívocos que maculam o lançamento nos termos do art. 142 do CTN.

Argumenta que conforme documento juntado às fls. 33 a 37 a autuante computou notas fiscais de entradas de mercadorias que são isentas de tributação, o que causa vício substancial, configurando erro fundamental que conduzem a sua nulidade.

No mérito, diz que revisando a apuração fiscal, descontado os valores relativos às entradas isentas de tributação, entende como devido o valor de R\$ 28.374,60 e efetuou o pagamento, requerendo o afastamento da exigência fiscal no valor de R\$ 23.136,99.

Requer que seja reconhecida a procedência parcial da autuação e indica à fl. 25, endereço para onde podem ser encaminhadas as intimações de forma exclusiva, sob pena de nulidade.

A autuante, na informação fiscal às fls. 44/45, inicialmente discorre sobre as infrações e argumentos defensivos e quanto as provas conduzidas ao processo passa a apreciação.

Quanto à infração 1, afirma que após análise das planilhas juntadas com a defesa, identificou equívoco no regime de tributação das mercadorias constantes do levantamento fiscal original para definir se deveria ou não compor o presente auto de infração.

Afirma que na verdade, todas as notas fiscais de compra que são objeto da autuação, independe do regime de tributação das mercadorias e finalidade das mesmas: se são para consumo, para comercialização ou para o ativo permanente.

Contudo, verificou que algumas notas fiscais se referem a aquisição de brindes e procede a alegação do contribuinte, motivo pelo qual excluiu do demonstrativo original, tendo relacionado à fl. 15 as notas fiscais de números 2.467.261, 321.598, 2.358.892, 1.846.635, 97.366 e 238.983, com indicação dos respectivos valores.

Conclui que o valor exigido da infração 1 foi reduzido de R\$ 50.237,40 para R\$ 48.612,21 conforme demonstrativo refeito, elaborado em função dos argumentos e apresentados na defesa.

Ressaltou que de acordo com o disposto no art. 127, § 8º do RPAF/BA é dispensada ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento fiscal efetuado em função dos argumentos e provas apresentados pelo autuado, que submete a julgamento.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 48/53, demonstrativo de parcelamento de parte do débito (R\$ 33.205,42 do principal com os acréscimos legais) com recolhimento da primeira parcela.

VOTO

Inicialmente, quanto à nulidade suscitada, sob o argumento de que a intimação seja feita ao advogado que representa o estabelecimento autuado, observo que o art. 108 do RPAF/BA prevê que intimação ao sujeito passivo ou pessoa interessada acerca de exigência fiscal, quando não for prevista em forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, por meio eletrônico para o contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e). Portanto, conforme a citada norma, a previsão de intimação é para o estabelecimento autuado credenciado no DTe, e não constitui nulidade a falta de intimação ao advogado. Fica rejeitada esta nulidade.

Na defesa apresentada, o autuado suscitou a nulidade da autuação sob a alegação de que os demonstrativos contêm vício substancial, por ter computado no levantamento notas fiscais relativas a aquisições de mercadorias isentas, que conduz à nulidade do lançamento.

Quanto à esta alegação, não pode ser acatada, tendo em vista que a depender da característica dos erros materiais e formais, os mesmos são passíveis de saneamento. Na situação presente, a sociedade empresarial juntou demonstrativo com a defesa para tentar provar suas alegações que foram analisadas pela fiscalização na informação fiscal, que implicou no refazimento dos demonstrativos originais, cujo questionamento sobre a incidência do ICMS será apreciado como questão de mérito, o que passo a fazê-lo.

No mérito, o lançamento acusa o cometimento de duas infrações, sendo que a segunda infração (multa percentual/antecipação parcial) não foi contestada, motivo pelo qual, fica mantida a sua procedência.

No tocante à infração 1, o sujeito passivo alegou que deveria ser descontado os valores relativos às entradas de mercadorias isentas de tributação do ICMS.

A autuante afirmou que as notas fiscais relativas a compras de mercadorias não registradas configuram omissão de saída, independentemente de sua destinação e finalidade, quer seja para consumo, para comercialização ou para o ativo permanente.

Observo que a infração acusa omissão de saída de mercadorias em decorrência da entrada de mercadorias não registradas, enquadrada no art. 4º, § 4º, IV da Lei 7.014/96, que estabelece:

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:

...

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Pelo exposto, a presunção de ocorrência do fato gerador é de que ao não registrar a entrada das mercadorias, fato conhecido, presume-se que também não foi registrada a obrigação de pagar (fornecedores), e pagamento (desembolso de caixa), quer seja de compras a prazo ou a vista.

A presunção é de que não tendo registrado a entrada das mercadorias e o seu pagamento, também não foi registrada a receita correspondente de vendas anteriores de mercadorias, que foi utilizada no pagamento das entradas não registradas.

Neste contexto, assiste razão à fiscalização ao afirmar que o não registro de entradas de qualquer mercadoria, independentemente de sua destinação, configura o fato gerador da presunção de omissão prevista no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que se refere à ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente realizadas.

Porém, em se tratando de uma presunção relativa, admite-se prova em contrário por parte do contribuinte. No demonstrativo juntado à defesa às fls. 34 e 35, a empresa relacionou diversas notas fiscais indicando entradas de mercadorias destinadas a “uso” e “bonificações”.

Quanto às entradas não registradas destinadas a uso, conforme acima apreciado, presume-se omissão de receita auferida, que foi utilizada no seu pagamento e que não foi contabilizada.

Na situação presente, a fiscalização afirmou que excluiu os valores de entrada de “brindes”.

Quanto aos brindes, em relação à omissão decorrente de entradas não tributadas pode ocorrer duas situações:

- i) No caso de aquisição de brinde para distribuição, a exemplo de aquisição de agendas, havendo pagamento e não registro da entrada, fica caracterizada a omissão por presunção;
- ii) No caso de recebimento do brinde por parte da empresa, a exemplo de uma agenda, não ocorrendo pagamento, o seu não registro caracteriza descumprimento de obrigação acessória, mas não omissão de receita por presunção;

Constato que o valor mais expressivo das notas fiscais excluídas pela fiscalização, a exemplo da nota fiscal de número 2.467.261, com valor de R\$ 8.058,00 e ICMS exigido de R\$ 1.450,44, foi relacionada no demonstrativo da defesa (fl. 35), como entrada de “BONIFICAÇÃO - VISEIRAS”, que o autuado (fl. 35), indicou o CFOP 1910:

1.910 - Entrada de bonificação, doação ou brinde.

Classificam-se neste código as entradas de mercadorias recebidas a título de bonificação, doação ou brinde.

Dessa forma, entendo que as mercadorias relacionadas nas notas fiscais de números 2.467.261, 321.598, 2.358.892, 1.846.635, 97.366 e 238.983, que foram excluídas pela fiscalização no demonstrativo refeito de fl. 15, referem-se a entradas de “bonificações” e “brindes” recebidos, cuja entrada não implica desembolso financeiro (caixa), nem omissão de receita (art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96). Por isso considero correta a exclusão do levantamento fiscal.

Por tudo que foi exposto, a infração 1 é procedente em parte, com redução do débito da infração 1 de R\$ 50.237,40, para R\$ 48.612,21, conforme demonstrativo refeito de fl. 15, elaborado em função dos argumentos e apresentados na defesa:

Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Excluído	Devido	N. Fiscal	Fl.
31/01/20	09/02/2020	731,98		731,98		
29/02/20	09/03/2020	10.047,91		10.047,91		
31/03/20	09/04/2020	1.579,76		1.579,76		
30/04/20	09/05/2020	495,62		495,62		

31/05/20	09/06/2020	76,68	76,68	0	1846635	15
30/06/20	09/07/2020	1.477,62		1.477,62		
31/07/20	09/08/2020	10.179,68	5,26	10.174,42	97366	15
31/08/20	09/09/2020	367,66		367,66		
30/09/20	09/10/2020	302,08		302,08		
31/10/20	09/11/2020	1.245,10		1.245,10		
30/11/20	09/12/2020	749,39		749,39		
31/12/20	09/01/2021	1.711,11		1.711,11		
31/01/21	09/02/2021	4.635,16	82,51	4.552,65	2358892	15
28/02/21	09/03/2021	6.742,60	1.451,47	5.291,13	2467261 e 221598	15
31/03/21	09/04/2021	5.943,79		5.943,79		
30/04/21	09/05/2021	2.148,71	9,28	2.139,44	238893	15
31/05/21	09/06/2021	1.802,55		1.802,55		
Total		50.237,40		48.612,21		

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281332.0035/21-6**, lavrado contra **A & E SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 48.612,21**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa fixa com valor de **R\$ 1.274,19**, prevista no art. 42, II, “d” da citada Lei, e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2022.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR