

A. I. Nº - 097689.0009/15-2
AUTUADO - COMERCIAL M MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. - ME
AUTUANTE - ISRAEL PINTO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12.04.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0035-04/17

EMENTA: ICMS EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES DE ENTRADAS E DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. APURAÇÃO COM BASE NO TRATAMENTO DADO AOS CONTRIBUINTES NÃO OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL. **a)** VALOR DAS SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. **b)** OPERAÇÕES DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. No presente lançamento fiscal o que se constatou foram entradas e saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição/antecipação tributária, a exceção da mercadoria “areia lavada”, sem os devidos registros fiscais. No caso, constatando diferença de entradas de mercadorias enquadradas no referido regime, exige-se o ICMS na condição de responsável solidário por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Constatada a omissão de saídas não há mais que se falar em cobrança do imposto, pois a fase de tributação encontra-se encerrada. Afora tal fato, o procedimento fiscal, neste caso, foi executado considerando a apuração do imposto de forma não prevista para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo regime do Simples Nacional, em contradição com o previsto pela Lei Complementar nº 123/2006 e pela Resolução CGSN nº 94/2011. Acolhido pronunciamento emitido pela SAT/DPF/GECEs - Coordenação do Simples Nacional, conforme parecer de fls. 183/183verso dos autos. Infrações nulas. Recomendação do refazimento do procedimento fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/07/2015, exige ICMS no valor de R\$32.219,43 em razão das infrações à legislação, a seguir relacionadas:

Infração 01 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita apurado mediante levantamento de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado. Exercícios de 2010 e 2011. ICMS no valor de R\$19.162,98, com multa de 100%.

Infração 02 – Falta de recolhimento do ICMS relativo à operação de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Exercício de 2012. ICMS no valor de R\$13.056,45, com multa de 100%.

A empresa apresenta, por advogados constituídos, impugnação ao lançamento fiscal (fls. 93/103). Após descrever as infrações e indicar os diversos demonstrativos que compõem o lançamento fiscal, preliminarmente destaca que á época dos fatos geradores encontrava-se enquadrada no Simples Nacional, na forma estabelecida pela Lei Complementar nº 123/2006, sujeitando-se às suas normas gerais relativas ao tratamento diferenciado dispensado às empresas de pequeno porte, inclusive obrigações acessórias. Em assim sendo, o recolhimento do ICMS nesse tipo de regime, *“sem prejuízo do previsto para o regime de substituição tributária e antecipação de recolhimento do imposto quanto às mercadorias enquadradas neste regime”*, é com base na Tabela instituída no Anexo I, da referida lei complementar. Afora que, como exerce a atividade de exploração do comércio varejista de materiais de construção, em relação às mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária está encerrada a fase de tributação.

Passa a discorrer sobre o princípio constitucional do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa e que, havendo discordância, a solução é a sua revisão, como prevista nos arts. 142 e 145 do CTN.

Nesta sua argumentação diz que o levantamento fiscal foi elaborado de forma contrária às determinações na legislação tributária, sem provas (documentos escritos) para justificar a revisão do lançamento e sem a observância dos direitos e garantias estabelecidos na legislação pátria.

Em assim sendo, o Auto de Infração é nulo, no termos do art. 18 c/c 20, do RPAF/BA.

No mérito volta a afirmar ser optante do Simples Nacional e a maioria das suas mercadorias está enquadrada no regime da antecipação tributária.

Nesta situação, o autuante, para os exercícios de 2010 a 2012, não observou as determinações contidas na Portaria nº 445/1998, que dispõe sobre os critérios para levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias de exercícios fechados (não considerou as diversidades de espécies, denominações e unidades de medidas de mercadorias envolvidas, como também desprezou os critérios estabelecidos para avaliação e determinação do preço para efeito do cálculo do tributo) e os artigos 26 e seguintes do RPAF/BA, *“que trata das normas sobre procedimentos fiscais, alheando-se completamente aos relevantes critérios estabelecidos, aos quais não faz provas válidas e eficazes que justifique o procedimento”*.

Assim, o levantamento quantitativo dos estoques açambarcou as seguintes mercadorias:

2010 - Arame Galvanizado, Arame Farpado; Chapa Zinco; Cimento, Tubo PVC e Vergalhão.

2011 - Arame Galvanizado, Arame Farpado, Cimento (em destaque), Tubo PVC; Vergalhão; Telha Cerâmica e Telha de Eternit.

2012 - Arame Farpado; Arame Galvanizado, Areia; Cimento (em destaque); Tubo PVC; Vergalhão; Impermeabilizante; Telha Cerâmica e Telha de Eternit.

Ressalta de que em um levantamento quantitativo por espécie de mercadoria devem ser observados diversos aspectos, inclusive as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (no específico caso o cimento) e o benefício da redução de base de cálculo (*art. 266, inciso II, do Dec. 6.286/97 e 13.780/12*) para exigir o ICMS por omissão de saídas presumidas, no termos do § 4º do da Lei nº 7014/96.

E, como se estar a exigir o imposto por omissão de saídas e por saídas por presunção, a mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária deve ser excluída do cálculo da apuração do ICMS, pois imposto anteriormente recolhido. Neste momento, observa que a IN SAT nº 56/2007 dispõe que nesses casos *“o agente fiscal deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais*

relativos às presunções de que trata o dispositivo retro mencionado e aplicar outros roteiros de fiscalização”.

Diante deste quadro, o levantamento fiscal, além de não observar a orientação da Instrução Normativa SAT nº 56/2007, também não observou os critérios estabelecidos na Portaria nº 445/1998. E apresenta o seguinte argumento: *“Sem desconsiderar a discricionariedade técnica da autoridade fiscal, o procedimento fiscal atacado desprezou completamente os critérios estabelecidos para o levantamento quantitativo de estoque na modalidade de exercício fechado. A margem de livre apreciação para valorização desse livro no levantamento fiscal atacada não existe, ainda que não exista o Registro de Inventário ou não seja escriturado este fato deve ser mencionado. Na verdade os trabalhos fiscais deveriam passar pelo crivo da supervisão de seus superiores para aferir e controlar o procedimento fiscal, mas os autos indicam que isso não ocorreu, já que nem o visto da autoridade saneadora foi apostado no AI (v. cópia anexa)”.*

Ressalta de que a não observância dos critérios preestabelecidos na Portaria 445/98 e IN 56/2007 pelo agente fiscal na realização do presente procedimento fiscal o nulifica *“uma vez que, diferentemente do particular, o agente somente pode agir de acordo com o que a lei no sentido amplo estabelece”.*

E neste caminho passa a expor:

1. O fiscal englobou aleatoriamente as mercadorias, embora a empresa especifique nas suas operações exatamente a espécie de mercadoria comercializada.
2. Não realizou com critério a quantificação das mercadorias, considerando o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item, por espécie, objeto do levantamento, mesclado os itens selecionados.
3. Incluiu mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.
4. Não avaliou as notas fiscais de entradas e saídas (devem ser solicitadas), relacionando-as e classificando-as por operações (compras, vendas, transferências, doações, devoluções, etc.) e desprezou sua condição de enquadramento no Simples Nacional.
5. O preço utilizado no levantamento fiscal para efeito de determinação da base de cálculo está completamente equivocado.
6. Não foi realizada a proporcionalidade, conforme determinações da IN 56/2007.

Especifica sua argumentação pelos exercícios fiscalizados, conforme a seguir.

Exercício de 2010

Cimento - encontra-se enquadrado no regime da substituição tributária, devendo ser excluído do levantamento fiscal.

Tubo PVC - foram englobadas as *“bitolas”* dessa mercadoria, distorcendo completamente o levantamento fiscal. Na verdade existe *“tubo”* de 20 ml a 150 ml, com preços que variam de R\$7,00 a R\$22,00 a varas, sendo certo que a empresa especifica exatamente a espécie de *“Tubo PVC”* nas operações realizadas. Na apuração da base de cálculo utilizou o preço médio de R\$21,17, ou seja, apurou com base na média aritmética de preços e não pela média ponderada.

Arame Farpado - os rolos são constituídos de 100, 250 e 500 metros, e seus preços variam de R\$26,00 a R\$115,00. No entanto, o autuante em seu lançamento fiscal englobou todos os tipos de rolos e cobrou a preço de R\$115,94, ou seja, pelo rolo de 500 m e não considerou a redução da base de cálculo prevista no art. 266, II do RICMS/97.

Arame Galvanizado - o seu preço varia de R\$3,10 a R\$4,86, conforme consta dos levantamentos fiscais. No entanto foi considerando o preço médio de R\$5,50, ou seja, o preço maior e, igualmente não foi considerada a redução da base de cálculo prevista no art. 266, II, do RICMS/97.

Exercício de 2011

Foram cometidos os mesmos erros mencionados para o exercício de 2010.

Ademais, não foram consideradas as notas fiscais 0002, 0008 e 0015, emitidas pela Agroserra do Brasil. Pede que sejam incluídas no levantamento e informa de que elas se encontravam em mãos do seu contador, e somente com a conferência dos levantamentos detectou-se que os mesmos estavam misturados entre outros livros. Requer revisão do lançamento.

E ainda observa: *“ARAME GALVANIZADO; ARAME FARPADO E ARAME LISO foram incluídos no levantamento fiscal de estoque fechado sem ter o cuidado de verificar as diferentes unidades de medidas e tipos da mercadoria. Logo, da maneira como foram classificadas essas mercadorias constitui cerceamento do direito de defesa, pois não contém elementos esclarecedores que permitam a sua perfeita análise e no mesmo sentido ocorreu com a AREIA, englobando areia fina, areia grossa e areia lavada, com diferentes preços, a depender do metro”*.

Exercício de 2012

Arame Farpado - conforme Anexo 7 elaborado pelo autuante teria havido 35 rolos por suposta omissão de entradas. Porém, observando (fls.17), verifica-se que a saída desta mercadoria de 250 metros com preços variando entre R\$60,00 e R\$85,00. Enquanto que no Demonstrativo de Estoque (Anexo I – fls. 5), foi consignado o preço de R\$115,94, que na verdade é o preço médio de arame farpado de 500 metros. Afora que no anexo III – “Demonstrativo de Preço Médio” – não existe a apuração do seu preço médio (v. fls. 20 do AI).

Vergalhão - além de beneficiado com a redução de base de cálculo, não foi apresentado o levantamento do seu preço médio, não constando *“nos demais demonstrativos, mormente faça parte de diferença reclamada no auto de infração ora sub examine”*.

Por fim, requer seja acolhida a sua impugnação, julgando improcedente Auto de Infração, por ser mais abrangente que a sua decretação de nulidade.

O fiscal autuante presta sua informação (fls. 154/158) nos seguintes termos.

1. Á fl. 05 do PAF consta o Termo de Início de Fiscalização, termo este que o contribuinte alega não existir. Á fl. 06 encontram-se as omissões de saídas apuradas através dos Demonstrativos de Saídas de mercadorias dos anos de 2010 e 2011 (fs. 12/17).
2. Diz concordar, em sua plenitude, com os *“parágrafos de número 1 a 12 da impugnação”*, por se tratar de *“normatização da Lei complementar 123/2006 e Tabela instituída no anexo I dessa mesma Lei, assim como CTN, nos arts.142 e 145, e Constituição Federal/88, art. 5º, LV”*.
3. No entanto, o fato do contribuinte encontra-se enquadrado no Simples Nacional ou que somente comercialize com mercadorias da substituição tributário ou que possuam o benefício fiscal da redução de base de cálculo, não lhe dá o direito de omitir entradas ou saídas de mercadorias. Apurando-se as omissões de entradas de tais mercadorias *“está sendo cobrado na saída pela sua totalidade da Omissão”*.
4. Observa que em levantamento de estoque por espécie de mercadoria, o critério utilizado é o que consta no Demonstrativo de Entradas de Mercadorias (Anexo 1 - fl. 06), ou seja, se determinada mercadoria foi adquirida por certa unidade, somente pode sair com a mesma unidade. Dá exemplo com a brita. Se foi adquirida por metro cúbico, a sua saída deverá também ser em metro cúbico, e não em lata, como fez o contribuinte.
5. Com referência em agregar diversas bitolas de um determinado produto (exemplo: tubo de PVC), ao determinar o preço médio deste produto pela média aritmética, entende não ter havido grande distorção de preço, pelo simples fato que a grande maioria do produto comercializado será daquele produto que mais rotatividade terá no estabelecimento. O tubo de PVC com maior rotatividade é o de 20 ml, já o de 150 ml tem pouca rotatividade, influenciando pouco no preço médio, o que beneficia o contribuinte. Exemplo na folha 20 do PAF: *“mercadoria Tubo PVC, quantidade de tubos 292 peças, (várias bitolas) valor total R\$*

8.783,00, preço pela média aritmética desse produto R\$ 23,82, assim $23,82 \times 292 = 6.955,14$, logo este valor é menor que os R\$ 8.783,00, que é o valor total dos tubos. Assim quem se beneficiou foi justamente o contribuinte que passará a ter uma base de cálculo a menor, com isso irá recolher menos ICMS. O mesmo ocorrerá com outras mercadorias que possua bitola diferente (Arame Farpado, Chapa Zinco, Arame Galvanizado, etc.)”

6. O livro de Inventário não foi utilizado já que o autuado não os apresentou quando Intimado, bem como Livro Caixa. Por tal motivo, foram lavradas três Notificações Fiscais pela falta de cumprimento da Intimação (falta de apresentação de Livros e documentos fiscais). Em assim sendo, os estoques iniciais e finais foram considerados inexistentes (zero).
7. *“É sabido que, materiais para construção está na substituição tributária há algum tempo, não sei o porquê do contribuinte ignorou o fato de ter cimento, vergalhão e outras mercadorias no levantamento de estoque, se as mesmas fazem parte de material de construção que é o ramo de atividade do contribuinte”.*
8. A respeito da proporcionalidade não a fez *“pelo fato de o contribuinte ter omitido saída pela entrada, ou o processo inverso. Com isso perdendo o benefício a que teria direito, com isso calculando o ICMS integralmente por entender que o levantamento da omissão está correto”.*
9. Em relação à solicitação das notas fiscais de entrada e saída, *“não foi necessária pôs utilizei o sistema NFe., da Sefaz, dispensando as Notas Fiscais do contribuinte por ser de menor relevância em comparação ao da SEFAZ. Sabemos que mercadorias como cimento, vergalhão, arame dentre outras mercadorias tem tratamento diferenciado como, substituição tributária, e ou redução de base de cálculo, desde que opere dentro da normalidade da legislação vigente, não importando se a empresa é: Normal, Empresa de Pequeno Porte ou Microempresa. Não foi o caso deste contribuinte que ignorou a legislação do ICMS em vigor”.*
10. Pergunta: *“Desde quando a Omissão de saídas de mercadoria mediante levantamento de estoque, não se constitui a falta de pagamento do ICMS relativos às operações efetuadas pelo contribuinte seja ele Normal, EPP ou ME, se os mesmos são apurados pela saída. Sendo que os mesmos não terão direito a esses benefícios por ter burlado a legislação em vigor”.*
11. Quanto às notas fiscais nºs 0002, 0008 e 0015, da AGROSERRA DO BRASIL IND. COMERCIO E REPRESENTAÇÕES E SERVIÇOS LTDA, I.E. nº 09.623.343, e CNPJ: nº 16.331.928/0001-99, não as acata pelo simples fato das mesmas não estarem relacionadas no sistema da Sefaz, e nem em sua pasta de notas fiscais. Estranha que somente agora surgiram, após 3 anos e no momento da empresa encontrar-se sob fiscalização. Ressalta de que a AGROSERRA DO BRASIL jamais realizou compras de mercadorias como verificou no sistema da SEFAZ - Nota Fiscal Eletrônica sem movimento nos anos de 2012; 2013 e 2014. Assim são documentos fictícios, pois a sua atividade é a de “Obras de Acabamento em Construção, Serviços de Transporte de Passageiros, e Limpeza” e não de comercialização, como afirma a defesa. Além do mais, encontra-se “INAPTA” desde 08/2012, conforme espelho do INC desta SEFAZ que apenas aos autos.
12. Observa de que o *“contribuinte me pareceu bastante repetitivo na sua defesa na questão das mercadorias tais como cimento, vergalhão, arame farpado, arame galvanizado e outras, que estão na substituição tributária ou que gozam da redução de base de cálculo. Esqueceu o contribuinte que para ele goze desses benefícios, ele deveria praticar às operações de Entradas e Saídas de mercadorias como recomenda a legislação em vigor do ICMS, e não do modo que o mesmo praticou, ora saída sem a respectiva Entrada, ou o processo inverso. Entendo que o contribuinte ao ser bastante detalhista na sua defesa tem a finalidade de tentar desviar a atenção dos senhores julgadores do fato principal que é a Omissão de Saída em 2010, e a Omissão de Entrada em 2012, conforme às folhas 6 e 7, do PAF em Tela”.*

Ante o exposto, pugna pela total procedência da ação fiscal.

No dia 08/09/2016, esta 4ª JJF, após discussão do presente processo em pauta suplementar, decidiu encaminhá-lo a SAT/DPF/COORDENAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL para que esta Coordenação, considerando que nos autos se reclama imposto em decorrência de omissões de saídas de mercadorias apuradas através de levantamento quantidade dos estoques, por presunção da omissão de saídas anteriores (infração 02), no sentido de que fosse informado se havia orientação para que a Fiscalização, nos casos de levantamento quantitativo de estoque em empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, exija o imposto com base na alíquota de 17% ou se deve ser exigido em função dos percentuais inerentes ao Simples Nacional. Foi ainda solicitado que, caso haja orientação para que o imposto seja exigido na forma constante deste Auto de Infração, fosse informado como se processará o cálculo do crédito fiscal para efeito de dedução do imposto exigido, e a base legal (fls. 180/181).

Em resposta ao pedido feito, a SAT/DPF/GECES – Gerência de Comércio e Serviços, através da Coordenação do Simples Nacional, apresentou a seguinte resposta (fls. 183 e 183 verso).

O processo supracitado foi enviado em diligência à DPF/GECES para pronunciamento a respeito da manifestação do contribuinte de ilegalidade no procedimento adotado na apuração do imposto em que a autuante cobrou uma tributação aplicada ao regime de apuração conta corrente fiscal, sendo entretanto, o mesmo optante do Simples Nacional.

O contribuinte em questão é inscrito no código de atividade, 474099 – Comércio Varejista de materiais de construção em geral, comercializando com vários produtos enquadrados no regime de substituição tributária, portanto, para o lançamento temos duas situações distintas.

1 – Dos produtos não enquadrados na substituição tributária

A Lei Complementar 123/2006, no artigo 13, § 1º, inciso XIII estabelece que o ICMS referente as alíneas “e” e “f” deverá ser cobrado observada a legislação aplicada as demais pessoas jurídicas.

Lei Complementar 123/2006, artigo 13.

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas: (efeitos: a partir de 01/07/2007).

XIII – ICMS devido: (efeitos a partir de 01/07/2007)

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal; (efeitos a partir de 01/07/2007)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal; (efeitos: a partir de 01/07/2007)

No entanto Resolução CGSN 94/2011, ao regulamentar a Lei Complementar 123, no seu artigo 82 que trata de omissão de receita, restringiu o lançamento de ofício com base no dispositivo acima citado para as operações relativas ao trânsito de mercadorias.

Resolução CGSN 94/2011

Art. 82. Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34).

§ 2º Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, consoante disposto nas alíneas “e” e “f” do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas “e” e “f”; art. 33, § 4º) (para fatos geradores até 31/08/2015)

No caso em questão a autuante poderá aplicar a Exclusão de Ofício por prática reiterada, após fazer o lançamento de ofício referente a 02 períodos de apuração consecutivos ou alternados, utilizando a base de cálculo e alíquotas pela faixa de receita aplicadas ao simples, referente a uma mesma infração conforme determina o artigo 29, inciso V, § 9º, I da Lei complementar 123.

Da Exclusão do Simples Nacional (Lei Complementar 123/2006)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes dar-se-á quando (efeitos a partir de 01/07/2007)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar; (efeitos: a partir de 01/07/2007).

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput: (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (efeitos a partir de 11/11/2011)

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (efeitos: a partir de 11/11/2011)

XI – houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26: (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (efeitos: a partir de 11/11/2011)

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a: (efeitos a partir de 01/07/2007)

I – emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo instruções expedidas pelo Comitê Gestor; (efeitos a partir de 01/07/2007).

2 – Dos produtos enquadrados na substituição tributária.

A Lei Complementar 123/2006, no artigo 13, § 1º, inciso XIII, “a”, estabelece que para o recolhimento ICMS referente as mercadorias enquadradas na substituição tributária deverá ser observada a legislação aplicável as demais pessoas jurídicas, portanto, a Portaria 445/98.

Diante do exposto estamos devolvendo o presente processo ao CONSEFG/ASTEC, para as providências cabíveis.

VOTO

O presente lançamento fiscal trata da exigência do ICMS que foi apurado através da auditoria de levantamento quantitativo dos estoques.

Na infração 01 foi detectada a falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita apurado mediante levantamento de estoque por espécie de mercadoria nos exercícios de 2010 e 2011 e na infração 02 (exercício de 2012), esta mesma omissão de saídas de mercadorias, porém 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.

O autuado traz aos autos arguições de nulidade ao presente feito que passo a analisar.

Inicialmente não podemos perder o foco de que mercadorias, dentro da norma tributária vigente, possuem diferentes formas e prazos de tributação, ou mesmo de não tributação. Em assim sendo, poderá haver mercadorias isenta ou não tributadas e mercadorias sujeitas ao regime da substituição/antecipação tributária para se ficar adstrito, neste momento, a estas condições. E este enquadramento independe da forma de apuração do imposto pelo contribuinte ou mesmo que ele cometeu algum ilícito fiscal, pois tal enquadramento é inerente à mercadoria e não ao contribuinte.

Em assim sendo, uma auditoria fiscal, por dever legal, deve levar em consideração tais situações, sob pena de cometer graves erros não somente contra o Estado, mas e igualmente, contra o contribuinte.

Observa-se que a auditoria fiscal de um levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias é uma das formas de verificação do regular cumprimento das obrigações tributárias, em um determinado período, levanto em conta que, com base nas informações dos estoques (inicial e final), compras e vendas de mercadorias, ocorridas no período, configura-se perfeitamente a apuração da existência de compras ou vendas não registradas. É uma simples equação matemática utilizada por qualquer pessoa que exerça qualquer atividade comercial ($\text{Estoque Inicial} + \text{Entradas} - \text{Estoque Final} = \text{Saídas}$) onde é verificado se as quantidades de determinadas mercadorias, elegidas pelo fisco, não apresentarão saldo, ou como corriqueiramente se diz, apresentarão saldo zero. Apresentando saldo zero tanto de entradas ou de saídas, o fisco estadual entende não existir imposto a ser exigido, já que o contribuinte cumpriu com as suas obrigações tributárias. No entanto, existindo diferenças de quantidades de entradas ou de saídas, sobre tais diferenças deve ser exigido o imposto, pois restará provada a

omissão de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conseqüentemente, omitidas do fisco quando do recolhimento mensal do imposto.

No entanto, não se pode, simplesmente, quando de uma auditoria fiscal, abandonar certas situações (como as acima alinhavadas), ou seja, verificar a situação tributária das mercadorias açambarcadas no levantamento fiscal, como também, a forma da auditoria realizada (levantamento quantitativo em exercício fechado e/ou aberto) sob pena de se distorcer a exigência do imposto.

Dentro deste contexto, a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia editou a Portaria nº 445/98, com base na norma legal posta, visando orientar a fiscalização sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias e dentro de todo o escopo acima comentado.

E esta, de forma didática (por seção), apresentou as situações que poderão ser detectadas quando de um levantamento de estoques realizado, ou seja, apurado tão somente omissões de “saídas” e ou “entradas” (seções II e III) e apurado, no mesmo exercício as duas situações, ou seja, “omissões tanto de saídas como de entradas” (seção IV). E, ainda, quando a auditoria for realizada em levantamento fechado (período de apuração encerrado) ou aberto (período de apuração não encerrado – art. 15 da seção IV), quando existem situações específicas para o caso e em relação às mercadorias enquadradas no regime de apuração normal do imposto.

No caso das mercadorias não estarem submetidas ao regime da substituição/antecipação tributária, e sendo detectada tanto omissões de entradas quanto de saídas de mercadorias, determina a norma de que constatada tal situação deve ser levado em consideração o valor de maior expressão monetária, já que o fato diz respeito, exclusivamente, às omissões de saídas de mercadorias. Ou seja, quando às maiores omissões detectadas foram de saídas de mercadorias tributadas, a diferença foi encontrada no próprio exercício fiscalizado e sobre aquelas próprias mercadorias que compuseram o levantamento fiscal. Quando às maiores omissões forem de entradas de mercadorias, a Lei nº 7.014/96 no seu art. 4º, § 4º determina a presunção de saídas anteriores (não se conhece qual ou quais mercadorias, nem tampouco quando deram saídas) sem os respectivos documentos fiscais, invertendo o ônus da prova ao contribuinte. E esta situação se dar pelo fato de que a maior omissão absorve aquela de menor expressão monetária, pois na primeira a segunda resta contida.

No entanto, sendo constatadas omissões com mercadorias enquadradas no regime da antecipação/substituição tributária, a norma legal determina tratamento diferenciado daquelas que se enquadram no regime normal de apuração. Em primeiro, a forma de apuração do imposto entre elas é diferente. Em segundo, não existe imposto a ser exigido sobre as saídas de mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária, já que o momento de sua tributação não é o mesmo, quando sobre elas o imposto deve ser recolhido quando das aquisições e não nas vendas destas mercadorias. Em terceiro, e mais uma, vez, a mercadoria não perde o seu enquadramento legal por procedimentos errôneos realizados pelo contribuinte.

Por tal motivo é que a Portaria nº 455/1998 assim dispõe:

Art. 10. *No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:*

I - *se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:*

a) *do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro acompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), observando o seguinte:*

1 - *a base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (art. 60, II, “b”);*

2 - *a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%);*

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”);

II - tratando-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração, se ficar comprovado que, não obstante a falta de recolhimento do imposto por antecipação, a operação de saída posterior foi tributada normalmente, observar-se-á o seguinte:

a) não se exigirá o imposto que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a multa de 60% (RICMS/97, art. 915, § 1º, I);

b) a providência de que cuida a alínea anterior não dispensa a exigência do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, nos termos da alínea “a” do inciso anterior.

Portanto, e diante das determinações legais acima expostas a forma de apuração do imposto sobre mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária através da auditoria de levantamento quantitativo dos estoques somente pode ser realizada conforme determinações expressas no art. 10 da referida Portaria.

Voltando à presente lide, as mercadorias elegidas para compor o levantamento quantitativo nos exercícios fiscalizados foram: arame galvanizado e farpado, chapa de zinco, cimento, tubo PVC, vergalhão, telha cerâmica e Eternit, impermeabilizante e areia lavada (fls. 06/07).

Ao observar a legislação posta quando dos fatos geradores, se constata que a exceção da “areia lavada”, todas as demais mercadorias encontravam-se enquadradas no regime da antecipação tributária, como a seguir indicado.

- . arame galvanizado e farpado - art. 353, II, 43.1 do RICMS/97 e item 24, do Anexo 1, do RICMS/12
- . chapa de zinco - art. 353, II, 43.1 do RICMS/97 e item 24, do Anexo 1, do RICMS/12
- . cimento - art. 353, II, 14 do RICMS/97 e item 14, do Anexo 1, do RICMS/12
- . tubo PVC - art. 353, II, 41.1 do RICMS/97 e item 24, do Anexo 1, do RICMS/12
- . vergalhão - art. 353, II, do 43.4 RICMS/97 e item 24, do Anexo 1, do RICMS/12
- . telha cerâmica e tela Eternit - art. 353, II, 15.1.4 e 41.1 do RICMS/97 e item 24, do Anexo 1, do RICMS/12
- . impermeabilizante - art. 353, II, 16 do RICMS/97 e item 40.6, do Anexo 1, do RICMS/12

Nesta situação, o fisco não poderia exigir o imposto nem por omissões de saídas propriamente ditas (infração 01), nem, tampouco, por omissões de saídas com base nas determinações legais contidas no art. 4º, § 4º da lei nº 7014/96 em relação às mercadorias acima elencadas, com exceção da areia lavada.

O que deveria ser exigido era o imposto devido pelo contribuinte na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado e o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, sendo deduzida a parcela do tributo calculada na condição de responsável tributário, a título de crédito fiscal.

Diante do exposto, embora uma auditoria de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias possa (e deva) ser aplicada para as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, foi ela erroneamente utilizada. Em assim sendo, razão assiste ao impugnante em pontuar (requerendo a nulidade) que, como exerce a atividade de exploração do comércio varejista de materiais de construção, em relação às mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária está encerrada a fase de tributação, não podendo a auditoria, como feita, ter sido realizada.

No entanto, quanto a mercadoria “areia”, existe óbice neste processo à sua exigência.

Ao analisar o Termo de Intimação (fl. 04 do PAF) o fiscal autuante não intimou a empresa a apresentar qualquer nota fiscal e ao prestar sua informação fiscal afirmou categoricamente de que assim agiu por entender (sic) “*não foi necessária pôs utilizei o sistema NFe, da Sefaz, dispensando as Notas Fiscais do contribuinte por ser de menor relevância em comparação ao da SEFAZ. Sabemos que mercadorias como cimento, vergalhão, arame dentre outras mercadorias tem tratamento diferenciado como, substituição tributária, e ou redução de base de cálculo, desde que opere dentro da normalidade da legislação vigente, não importando se a empresa é: Normal, Empresa de Pequeno Porte ou Microempresa. Não foi o caso deste contribuinte que ignorou a legislação do ICMS em vigor*” (fl. 156 dos autos).

Ou seja, desconsiderou qualquer aquisição que possa ter sido dada através de documentos fiscais não eletrônicos, situação esta que, fatalmente, poderá distorcer as quantidades das entradas levantadas, comprometendo, o levantamento realizado.

Afora tal fato, não aceitou a inclusão da Nota Fiscal nº 0015 (fl. 149), apresentada pela defesa, única onde houve aquisição da mercadoria “areia”, por entender ser documento fiscal fictício, já que emitido por empresa “inapta” e somente apresentada quando da defesa (embora não tenha intimado o contribuinte a fazê-lo quando da fiscalização).

Ressalto que, se acaso, fosse comprovado (através do efetivo pagamento) de que tal documento fiscal, mesmo inidôneo, havia sido acobertador da quantidade de areia adquirida, deveria ser ele incluído no levantamento das entradas. Inclusive tal situação já há de muito é entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ e deste Colegiado.

Enfim, agiu em desacordo com as determinações emanadas desta Secretaria de Fazenda, conforme Roteiro de Fiscalização (Auditoria de Estoque) - AUDIF-207, não dando certeza sobre a base de cálculo impositivo do levantamento em relação a esta mercadoria.

Poderia esta 4ª JJF baixar os autos em diligência para apurar esta situação, porém diante de outros equívocos cometidos, torna-se a mesma desnecessária.

A empresa informa, ainda como fator motivador de nulidade da ação fiscal, que à época dos fatos geradores encontrava-se enquadrada no Simples Nacional. Em assim sendo, não poderia ter sido exigido o imposto com base na alíquota de 17%, utilizada para o regime normal de apuração, ignorando o seu enquadramento legal.

Em atenção a tal argumento, observa-se que a legislação atinente ao Simples Nacional, em especial a Resolução CGSN nº 94/2011 (Comitê Gestor do Simples Nacional), com fulcro no art. 13, incisos I a VIII da referida LC 123/2006, estabelece em seu art. 4º os tributos que compõem a “**cesta**” com abrangência pelo Simples Nacional, dentre os quais se encontra o ICMS.

Já em seu art. 5º (Resolução CGSN nº 94/2011), pontua os tributos não abrangidos pelo Simples Nacional, em que os optantes por este regime (ME ou EPP) recolherão nos termos da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, além daqueles previstos pela LC nº 123/2006, em seu art. 13, § 1º, incisos I a XV, destacando a referida Resolução no inciso X, alíneas “e” e “f” do citado artigo que deverá ser recolhido o “**ICMS devido**”, na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal, bem como na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal.

Por seu turno, o art.18 da LC 123/06 determina:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.

(...)

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do **caput** e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.

A Resolução CGSN 94/2011, com base nos dispositivos acima transcritos, em sua Seção IV, que trata do cálculo dos tributos devidos pelas ME ou EPP optantes pelo regime do Simples Nacional, na subseção referente à base de cálculo do imposto prevê em seu art. 16:

Art. 16. A base de cálculo para determinação do valor devido mensalmente pela ME ou EPP optante pelo Simples Nacional será a receita bruta total mensal auferida (Regime de Competência) ou recebida (Regime de Caixa) conforme opção feita pelo contribuinte (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, caput e § 3º).

Na subseção relacionada à alíquota aplicável, o art. 21 da referida Resolução dispõe:

Art. 21. O valor devido mensalmente pela ME ou EPP optante pelo Simples Nacional será determinado mediante a aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a V e V-A, sobre a receita bruta total mensal, observado o disposto no § 9º do art. 2º e nos arts. 16 a 19, 22 a 26, 33 a 35 e 133 (Lei Complementar nº 123/2006, art. 18, § 1º).

§ 1º. Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta total acumulada auferida nos 12 (doze) meses anteriores ao período da apuração. (Lei Complementar nº 123/2006, art. 18, § 1º).

No capítulo relacionado à "Omissão de Receitas" a referida Resolução estabelece:

Art. 82. Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34).

(...)

§ 2º Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, **nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas "e" e "f"; art. 33, § 4º)**

Art. 83. No caso em que a ME ou EPP optante pelo Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior das alíquotas relativas à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, dentre as tabelas aplicáveis às respectivas atividades. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 2º)

§ 1º Na hipótese de as alíquotas das tabelas aplicáveis serem iguais, será utilizada a tabela que tiver a maior alíquota na última faixa, para definir a alíquota a que se refere o **caput**. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 39, § 2º)

E, por fim, na subseção que trata das infrações e penalidades, está disposto que:

Art. 84. Constitui infração, para os fins desta Resolução, toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, da ME ou da EPP optante que importe em inobservância das normas do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 33, § 4º)

Art. 85. Considera-se também ocorrida infração quando constatada: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 33, § 4º)

I - omissão de receitas;

II - diferença de base de cálculo;

III - insuficiência de recolhimento dos tributos do Simples Nacional.

Diante deste quadro e de discussões levantadas nesta 4ª JF, em pauta suplementar do 08/09/2016, decidiu ela encaminhar, para que todos os pontos deste processo abordados, o processo em diligência à SAT/DPF/COORDENAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL no sentido de que esta Diretoria de Planejamento de Fiscalização, por intermédio da Coordenação do Simples Nacional, informasse se havia orientação para que a Fiscalização, nos casos de levantamento quantitativo de estoque em empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, que o imposto fosse exigido com base

na alíquota de 17% ou se deveria ser exigido em função dos percentuais inerentes ao Simples Nacional. Foi solicitado, ainda, que caso houvesse orientação para que o imposto fosse exigido na forma constante deste Auto de Infração, apresentasse como se processará o cálculo do crédito fiscal para efeito de dedução do imposto exigido e a base legal.

Esclareceu a SAT/DPF/GECES que apesar da Lei Complementar nº 123/2006 estabelecer em seu art. 13, § 1º, XIII que o ICMS referente às alíneas “e” e “f” deva ser cobrado observada a legislação aplicada às demais pessoas jurídicas (alíneas “e” e “f”), a Resolução CGSN 94/2011, que regulamentou a referida Lei Complementar, em seu art. 82 restringiu o lançamento de ofício com base no referido artigo para as operações relativas ao trânsito de mercadorias, conforme já acima transcrito. Concluindo seu Parecer, ressaltando que *“No caso em questão a autuante poderá aplicar a Exclusão de Ofício por prática reiterada, após fazer o lançamento de ofício referente a 02 períodos de apuração consecutivos ou alternados, utilizando a base de cálculo e alíquotas pela faixa de receita aplicadas ao simples, referente a uma mesma infração conforme determina o artigo 29, inciso V, § 9º, I da Lei complementar 123”*.

E neste momento, ressalto que uma exclusão de ofício deve obedecer às regras específicas da norma legal. O art. da LC 123/2006, § 2º determina que *“A comunicação de que trata o caput deste artigo dar-se-á na forma a ser estabelecida pelo Comitê Gestor”*.

Em assim sendo, a Resolução nº 94/2011 do CGSN estabelece em seu art. 75 quem tem competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional, neste caso, a Secretaria da Fazenda, sendo que, em seus §§ 1º ao 6º consta que:

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 4º Não havendo, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, sem sua interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, ficando os efeitos dessa exclusão, observado o disposto no art. 76, condicionados a esse registro. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º).

E os efeitos desta exclusão de ofício do Simples Nacional estão delineados no art. 76 da referida Resolução.

Observa-se, ainda, que além destas questões, a exigência do imposto na forma constante do presente Auto de Infração, representa violação ao princípio da não cumulatividade do imposto já que se fez uma exigência tributária com base no regime normal de apuração, sem que tenha havido concessão do crédito fiscal inerente às aquisições.

Em síntese, toda a auditoria foi realizada de forma equivocada (infrações 01 e 02), pois em descompasso com a norma legal prevista para as empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, bem como, pelas determinações da Portaria 445/98.

E, por fim, ainda existe problema a respeito do livro Registro de Inventário. O autuante intimou, por três vezes, o contribuinte a apresentá-lo (inclusive o livro Caixa), não sendo atendido, motivo pelo qual foram lavradas três notificações fiscais (fls. 159/161). Quando de sua defesa, a empresa continua a assim se posicionar. O autuante, diante deste fato, considerou os estoques (inicial e final) inexistentes.

Ora, embora reste provada a desobediência do contribuinte em apresentar ao fisco seus livros fiscais, uma auditoria de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias não poderia, neste caso, ser a eleita para perquirir o recolhimento, ou não, do imposto, já que falta um elemento essencial à sua execução, ou seja, o livro Registro de Inventário. Neste caso, e aliado ao fato de que o livro Caixa, igualmente, não foi apresentado, poderia o autuante utilizar-se de outra auditoria fiscal, inclusive chegando até a auditoria do arbitramento da base de cálculo do imposto.

Por tudo exposto e com base no que determina o art. 18, III e IV, “a”, do RPAF/BA é nulo o lançamento fiscal e deixo de apreciar os demais argumentos apresentados pelo impugnante já que se tornam dispensáveis diante da análise e decisão ora proferidas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando que seja instaurado novo procedimento fiscal, caso assim se faça necessário, observando o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **097689.0009/15-2**, lavrado contra **COMERCIAL M MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. – ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2017

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO / RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA