

A. I. N° - 222549.0005/15-1
AUTUADO - CARPINTARIA SILVA LTDA. - ME
AUTUANTES - RAIMUNDO OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - INFRAZ SERRINHA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.06.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0079-04/17

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações não contestadas. **c)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/07/2015, exige ICMS no valor de R\$111.345,75, acrescido da multa de 100%, pelas seguintes irregularidades cometidas contra a legislação tributária deste Estado:

1. Falta de recolhimento do imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a sua respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valores inferiores aos das efetivas saídas omitidas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto o valor o maior valor monetário – o das saídas tributáveis (exercícios de 2010, 2012 e 2013) - R\$27.130,66.
2. 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 quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercício de 2011) - R\$9.462,21.
3. 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 entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (exercício de 2014) - R\$74.752,88.

O autuado apresentou defesa (fls. 224/235), reconhecendo o cometimento das infrações apontadas como 01 e 02. Entretanto, insurge-se contra o levantamento realizado no exercício de 2014 (infração 03).

Diz ser uma microempresa idônea que atua no ramo do comércio varejista de madeira e artefatos e tem sede no município de Serrinha.

Apresenta preliminar de nulidade por inobservância do devido processo legal em relação ao Auto de Infração por entender que o fiscal autuante foi impreciso ao apontar as infrações 01 e 02 (que decidiu recolher o imposto) e, “*pecou absurdamente no enquadramento e no arrolamento dos dispositivos legais que apontou para impor a suposta infração 03*”.

Informa, em seguida, não ter recebido a via do Termo de Encerramento do Auto de Infração e os demonstrativos, em meio magnético, conforme determina o § 3º, art. 8º c/c o art. 28, § 4º, inciso II e art. 46 do RPAF, o que fulmina o Auto de Infração, ou a infração 03, por cerceamento do direito de defesa. Nesta sua argumentação, discorre sobre o direito de defesa e do contraditório inseridos no inciso LV, “a” do art. 5º da Constituição Federal, trazendo, para embasar o seu posicionamento, entendimentos de Vicente Greco Filho.

Seguindo, pergunta: “*como pode exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa se o preposto fiscal lhe imputou fatos que não desrespeitou? Se os demonstrativos em papel, apensos ao processo são insuficientes e não representam a verdade dos fatos? Como impugnar uma ação quando o preposto do fisco não abriu discussão antes da materialização do auto de infração, sobre as razões que o levou à medida extrema e não apresentou todos os papéis do trabalho realizado? E, ademais, tem o preposto do fisco o direito de desrespeitar a legislação e não entregar à empresa, em meio magnético, os levantamentos realizados?*”

Com tais colocações, transcreve, novamente, os artigos já nominados do RPAF/BA, para afirmar que as determinações contidas no art. 18, II da referida norma regulamentar restam presentes. Por consequência, nulo o procedimento fiscal, especialmente a infração 03.

No mérito, mais uma vez diz reconhecer as infrações 01 e 02, “*objetivando não atrapalhar e/ou retardar as discussões neste PAF, reservando-se no direito de apenas contestar o lançamento do autuante, pertinente à infração 03*”.

Ressaltando que em geral o fisco comete seguidos erros quando não discute com os representantes da empresa, em especial com os responsáveis pela contabilidade, os levantamentos realizados que poderão resultar em auto de infração Diz que no presente tais erros encontram-se presente, uma vez que:

1. não deixou de recolher o imposto relativo às operações que realizou.
2. O fisco desconsiderou as notas fiscais de entradas de nºs 0044 a 0054, 0056 a 0068, registradas no seu livro fiscal no valor de R\$439.722,82, conforme anexo 03.
3. As notas fiscais desconsideradas se referem à aquisição de madeira à JT MADEIRAS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME, empresa ativa, inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado sob o nº 074.999.557.
4. Tais documentos fiscais são idôneos, conforme informações que obteve junto á mesma, ou seja, estão no prazo de validade da AIDF de nº 99070223722014, autorização emitida pela SEFAZ/BA em 28/05/2014, tendo validade até 27/05/2016, possuindo série ou sub série 1, código 01 e numeração de 1 até 250, conforme consulta a documentos fiscais (Anexo 04).

Em seguida, afirma não restar claro como os dados foram obtidos do levantamento fiscal e com o agravante de não terem sido inseridas as notas fiscais de entradas comentadas.

Informa que a contabilidade de sua empresa refez os demonstrativos (Anexo 05), utilizando os lançamentos dos seus livros fiscais, conforme aponta, apurando valor de ICMS de R\$28.143,53. Em assim sendo, o que existiu foi um “erro fortuito” cometido.

Afirmando de que recolherá, via parcelamento (comprovante inserido no Anexo 02) o valor que entende devido, requer revisão do lançamento da infração.

Apresenta (fl. 240) DAE com o pagamento das infrações 01 e 02.

O autuante presta sua informação fiscal (fls. 294/305).

Quanto ao argumento de cerceamento de defesa, diz que o autuado não havia observado “*o inicio dos documentos que começa com AUTO DE INFRAÇÃO, PAGINAS 01 A 04 seguido da INTIMAÇÃO PARA APAESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS PAGINAS 05, TERMO DE INCIO PAGINA 06 e o PROTOCOLO DA ENTREGA DE DEMONSTRATIVOS E DOCUMENTOS DA EMPRESA PAGINAS Nº 07 sendo assinado pelo sócio da mesma em 30/07/2015 Em seguida tem os DEMONSTRATIVOS DE MOVIMENTAÇÃO DE ESTOQUE DE MERCADORIAS – EXERCICIO DE 2010 A 2013 PAGINA 08 E 09, DEMONSTRATIVO DE MOVIMENTAÇÃO DE ESTOQUE DE MERCADOIRA – EXERCICIOS*

2014 A 2014 PAGINAS 10. Os mesmos documentos foram entregues ao contribuinte e ao contador da empresa”.

Quanto à reclamação de ter recebido os demonstrativos somente em papel (e não em mídia eletrônica) discordou desta argumentação. Diz que as planilhas foram elaboradas através dos dados arquivados no sistema da Secretaria, através dos arquivos eletrônicos e os documentos fiscais (notas fiscais de entradas e saídas) e que estão nos arquivos da empresa. Neste sentido, indica todos os levantamentos (demonstrativos) com suas respectivas folhas dos autos que componhem o Auto de Infração, os quais facilitam a análise dos fatos e em obediência ao disposto no § 4º, II do art. 28 e art. 46, do RPAF/BA.

E observa que a divergência apontada pelo impugnante prende-se tão somente a parte da infração 03, no que diz respeito às entradas e saídas do ano de 2014 e, inclusive, sem apontar os erros nas planilhas que deram origem a esta infração.

Entende não haver qualquer fato que enseje a nulidade do lançamento fiscal.

No mérito, e quanto ao argumento de que antes da lavratura do Auto de Infração os levantamentos não foram dados a conhecer à empresa, informa que por cinco vezes o representante da contabilidade do estabelecimento compareceu á Inspetoria apresentando uma relação de notas fiscais não escrituradas solicitando os seus acatamentos.

Ressalta que, quando da fiscalização, a empresa apresentou os seus livros fiscais, em 14/04/2015 através de e-mail (fl. 309), inclusive o livro Registro de Entradas (fls. 310/323) do período ora impugnado. Neste livro, o valor do mês de novembro de 2014 é de R\$11.159,51, correspondente a escrituração de duas notas fiscais (nº 14562 de 12/11/2014, com o valor de R\$320,00 e originária da Bahia e a de nº 000151 de 20/11/2014 com valor de R\$10.839,51, originária do Pará).

Que antes da lavratura do Auto de Infração, enviou ao escritório de contabilidade da empresa as planilhas elaboradas para seu conhecimento dos valores e se manifestasse se algum valor merecesse observação. O representante da empresa compareceu á Inspetoria apresentando as notas fiscais contestadas de nºs 0044 a 0054 e 0056 a 0068, da empresa, J. T. MADEIRAS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA., Inscrição Estadual nº 74.999.557, localizada à Rua Lázaro Ludovico, nº 841, bairro Serraria Brasil, Feira de Santana/BA, não lançadas no livro Registro de Entradas para que as mesmas fossem consideradas no levantamento fiscal, o que não foi aceito.

Em relação à cópia do livro Registro de Entradas acostada pelo impugnante (fls. 243/258) observou - fl. 256 (mês de novembro de 2014) que o mesmo foi adulterado, pois o valor passou de R\$11.159,51 para R\$341.703,27. E continua: “*Verificando o valor das Notas Fiscais não consideradas pelo autuante e lançadas pela contabilidade depois do AUTO, PARA FAZER DEFESA, é de R\$ 330.543,76 dados retirados das informações da defesa nas paginas Nº 256 onde consta no mês 11/2014 no LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS o valor R\$ 341.703,27 menos o valor anteriormente lançado de R\$ 11.159,51. Os demais valores coincidem entre os LIVROS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS acostados pela defesa e o LIVRO que o escritório apresentou durante o período da fiscalização acostado pelo autuante na INFORMAÇÃO FISCAL*” .

Afora que:

1. As Notas Fiscais não estão carimbadas pelo Posto Fiscal Feira Nordeste, localizado no roteiro entre Feira de Santana e Serrinha.
2. As notas foram emitidas em seqüência de nºs. 0044 a 0068, apenas a nota fiscal de nºs 0055 não consta na relação apresentada, dentro do período de 01/11/2014 a 12/11/2014.
3. Não existe no documento fiscal o recebimento das mercadorias.
4. Ao buscar, junto aos dados da empresa emitente dos documentos fiscais, não foram encontrados pagamentos referente à antecipação parcial, pois, madeira vem sempre de fora do Estado e faz parte das mercadorias nela enquadradas.
5. Solicitou ao Diretor da DAT-Norte que fosse designado preposto fiscal para averiguar a empresa J. T. MADEIRAS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. O resultado desta averiguação

foi a sua não localização no endereço por ela indicado à SEFAZ, conforme provam os e-mails que apensou aos autos (fls. 306/308).

Observa, em seguida e para reforçar o seu entendimento que “*O valor lançado pela defesa nas entradas das mercadorias é de R\$ 638.271,47 e o encontrado pelo autuante é de R\$ 307.727,71 no ano de 2014 tornando uma diferença de R\$ 330.543,76 justamente o valor adulterado no LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS no mês de novembro de 2014, pagina citada pela defesa nº 256. Os demais meses estão corretos com o LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS enviados pelo ESCRITÓIO CONTÁBIL “REBELLO CONTABIL” Representante legal da empresa CARPINTARIA SILVA LTDA. Por isso os cálculos feitos pela defesa não tem consistência*”.

Pugnando pela procedência da autuação, afirma: “*A defesa apresentou na página 234 e 235 item MADEIRA um demonstrativo grosseiro, não podendo ser acatado, pois tem 1.083,518 metros cúbico de madeira comprado, não há consistência nesta matemática. Não há como aceitar. Nos DEMONSTRATIVOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS COM CHAVE DE ACESSO – ANEXO VII – PAGINAS 71 A 75, ANO 2014, está feito o levantamento de madeira e tem apenas 475,766 M3. O mesmo consta na página 10. DEMONSTRATIVO DE MOVIMENTAÇÃO DE ESTOQUE DE MERCADORIA – EXERCICIO 2014 – ANEXO II, onde consta à entrada de madeiras 475,77M3. Mediante estes dados não podemos aceitar o valor apresentado pela defesa. (1.083,518m3)*”.

Esta 4ª JJF, em pauta suplementar do dia 31/03/2016 (fl. 317) encaminhou os autos ao autuante para que fossem tomadas as seguintes providências:

1. Intimasse a empresa autuada para apresentar os ORIGINAIS das notas fiscais de nºs 0044 a 0054, 0056 a 0068, emitidas pela empresa JT MADEIRAS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME, em novembro de 2014 (fls. 256) bem como, as quitações destas compras, a exemplos de: faturas quitadas e depósitos bancários. Foi observado de que todos os documentos a serem apresentados deveriam ser os originais, cujas cópias autenticadas (pelo próprio autuante) deveriam ser apensadas aos autos.
2. Sendo apresentados os documentos na forma requerida, incluisse as notas fiscais no levantamento fiscal de entradas do exercício de 2014.

O autuante em cumprimento ao solicitado (fls. 351/353) informa:

1. a empresa apresentou os originais das nominadas notas fiscais.
2. Inicialmente disse o autuado de que não sabia como comprovar os pagamentos. Após, apresentou cópia de um cheque no valor de R\$341.591,08, que não possuia carimbo e não estava nominal. Não foi aceito, já que cheque para compras de uma empresa deve ser nominal, bem como, pelo seu valor. Retornou o sócio gerente da empresa, alguns dias depois, com o cheque, agora com carimbo e nominal e com o extrato bancário de sua compensação (fls. 359/360).
3. Ao analisar os fatos, verificou várias divergências com relação a tais aquisições, como lista.
 - a) A empresa afirma que adquiriu as madeiras no Estado do Pará.
 - b) O cheque foi compensado em uma agência do Banco do Brasil em Paragominas/PA, conforme carimbo no mesmo.
 - c) O cheque encontra-se nominal a uma Sra. que não aparece na sociedade da empresa JT MADEIRAS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME.
 - d) A quantidade de madeira em metros cúbicos é muito alta, destoando das aquisições padrões do autuado, conforme exemplo que apresenta com o mês de dezembro de 2014.
 - e) O valor do cheque apresentado é da ordem de R\$341.591,08 e o valor das notas fiscais perfazem o montante de R\$254.728,68, restando uma diferença de R\$86.862,40, conforme planilha que apensou aos autos (fl.352).

Após tais colocações, apresenta os argumentos de sua motivação para considerar as nominadas

notas fiscais como inidôneas. Os argumentos são os mesmos já declinados em sua informação anterior.

Os processo retornou a este CONSEF para julgamento. Esta 4^a JJF, mais uma vez, em 29/07/2016 (fl. 387), o retornou à Inspetoria para que fosse dado a conhecer ao autuado o resultado da diligência solicitada e que, querendo, ele se manifestasse.

Afora tal procedimento, ainda foi solicitado que o órgão competente da Inspetoria ao intimar o contribuinte para tomar conhecimento do resultado da diligência requerida por esta 4^a JJF, que, também, lhe entregasse cópia da informação fiscal e seus anexos - fls. 294 a 338.

Em manifestação (fls. 394/401) a empresa faz um breve histórico dos fatos, acusa a sua decisão em recolher o imposto relativo às infrações 01 e 02 e volta a requer a nulidade do lançamento fiscal, diante do princípio da ampla defesa e do contraditório (conforme determina a norma legal), por não lhe ter sido entregue os levantamentos fiscais em mídia eletrônica já que aqueles fornecidos em papel são insuficientes e não representam a verdade dos fatos.

Afora tais fatos, antes da lavratura do Auto de Infração o fiscal autuante não abriu discussão com a empresa a respeito da lavratura do lançamento fiscal.

No mérito e em relação à infração 03, traz os mesmos argumentos já anteriormente postos.

Chamado a se manifestar a respeito da manifestação do impugnante (fl. 418), o autuante de forma resumida apresenta os fatos já narrados e diz que não iria mais adentrar no mérito da acusação, pois já bastantes debatidos.

Na sessão de julgamento do dia 11/10/2016, embora situação não arguida pela defesa, dúvida a respeito da forma de como foi realizada a auditoria foi levantada pelos membros desta 4^º JJF, uma vez que o autuado é empresa enquadrada no SIMPLES NACIONAL e o autuante exigiu o imposto utilizando todos os procedimentos aplicados a uma empresa enquadrada no regime normal de apuração do imposto (conta corrente fiscal) utilizando a alíquota de 17% e aplicando a multa de 100%.

Diante de tal situação, esta 4^a JJF decidiu (fls. 422/424) por converter o presente processo em diligência no sentido de que a PGE/Profis emitisse parecer acerca da legalidade da presente ação fiscal (levantamento quantitativo de estoque em empresas optantes pelo regime do Simples Nacional), indagando se ela estaria correta, ou se, diferentemente, deveria ser feita tal exigência em função dos percentuais inerentes ao Simples Nacional e conforme determinações da Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN 94/2011. Foi solicitado, ainda, que caso o entendimento manifestado fosse no sentido da legalidade da exigência em análise, que abordasse a forma como se processaria o cálculo do crédito fiscal para efeito de dedução do imposto exigido, a base legal, bem como, a multa a ser aplicada.

A PGE/Profis (fls. 428/429 verso) após indicar as infrações e relatar os passos que seguiu o presente processo, frisa de que o Simples Nacional foi criado para dar tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas. No entanto, o enquadramento delas neste regime é opcional, conforme prevê a Lei Complementar nº 123.

Optando, poderia se questionar a respeito da impossibilidade de serem aplicados quaisquer roteiros de fiscalização que não dessem suporte ao referido regime.

No entanto, algumas situações fáticas “*desbordam completamente a lógica do Simples Nacional, encarecendo uma abordagem distinta como, por exemplo, as presunções legais, especificadamente a questão ventilada no presente lançamento, atinente a realização de operações desacobertadas de documento fiscal*”.

E continua:

Nos casos específicos das presunções engendradas pelas operações sem amparo documental não há como se trabalhar com a lógica da receita, uma vez que as operações deduzidas das

presunções não possuem substrato no mundo real, sendo apenas projeções normativas de realizações supostamente existentes.

Neste passo, independe de serem objeto de trânsito ou não, as operações sem amparo documental devem figurar fora do espectro conceitual do Simples Nacional, especialmente quanto as receitas auferidas definidas no § 4º, do art. 18, da Lei Complementar 123, como acertadamente o fez o Legislador Complementar.

Ou seja, a Lei Complementar nº 123/06 realmente estabeleceu tratamento diferenciado às microempresas e de pequeno porte, entretanto, também firmou que, nos casos em que as empresas optantes pelo Simples deixam de cumprir suas obrigações como, a correta emissão de notas fiscais, não serão aplicadas as regras diferenciadas.

Portanto, em operações em que não ocorra a emissão de notas fiscais não se aplica o tratamento diferenciado e beneficiado de que trata a legislação do Simples Nacional. Desta forma, em relação a estas operações desacobertas de documento fiscal, a alíquota aplicada é aquela a que estão sujeitas as pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, conforme determinação legal.

Neste sentido, no meu entender, afigura-se irrelevante o Auto de Infração ter sido lavrado no trânsito ou não.

No mesmo sentido, tratando-se de operações não palpáveis no mundo real, não há que se falar na concessão de crédito fiscal.

Os autos retornaram a este CONSEF para julgamento.

VOTO

O defendente apresenta nulidade do lançamento fiscal por inobservância do devido processo legal e por cerceamento do seu amplo direito de defesa. Como motivação para as suas alegações argumenta:

1. O autuante foi impreciso ao apontar as infrações 01 e 02, especialmente em relação à infração 03, quando se equivocou no enquadramento e dispositivos legais que apontou para impor as supostas infrações.
2. Não recebeu, em mídia eletrônica, o Termo de Encerramento do Auto de Infração e os demonstrativos, conforme determina o § 3º, do art. 8º c/c com o art. 28, § 4º, II e art. 46 do RPAF/BA, cerceando o seu direito de defesa. Ressalta de que aqueles em papel são insuficientes e não representam a verdade dos fatos.
3. Que antes da lavratura do Auto de Infração o autuante não lhe apresentou os levantamentos realizados para que pudesse discuti-los com a fiscalização.

Ao analisar o Auto de Infração foi ele lavrado com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os arts 38 a 41 do RPAF/BA. O método de fiscalização está perfeitamente descrito no Auto de Infração e nos papeis de trabalho que o autuado recebeu e que constam no presente processo. O impugnante se defendeu com clareza e minuciosamente. Em assim sendo, não existe motivo para que seja alegada inobservância do devido processo legal e cerceamento do amplo direito de defesa.

A respeito do contribuinte não ter recebido, em mídia eletrônica, os levantamentos fiscais, como consta nas disposições do § 3º do art. 8º, do RPAF/BA, embora fosse pertinente tal recebimento ter sido feito também em mídia eletrônica e não tão somente em papel, como realizado, este fato, em qualquer momento cerceou o direito de defesa do contribuinte. Afora que relembro ao autuado as determinações do art. 18, § 2º, do RPAF/BA que assim se expressa:

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade.

Quanto ao Termo de Encerramento do Auto de Infração ressalto que o Auto de Infração é o próprio Termo de Encerramento de Fiscalização, como e inclusive, consta “*Auto de Infração/Termo de Encerramento de Fiscalização*”.

Em relação ao argumento de que o autuante não apresentou à empresa, antes da lavratura do Auto de infração, os levantamentos elaborados, não existe previsão legal para que o fisco assim proceda. E, no presente caso, mesmo não havendo esta previsão legal, o autuante os apresentou. O fato dele não ter aceitado as notas fiscais apresentadas naquele momento não é fato de nulidade da ação fiscal.

Em assim sendo, as preliminares de nulidade aventadas pelo impugnante são rejeitadas.

Ressalto neste momento que a condução da instrução do presente processo se pautou, exclusivamente, na perquirição da verdade material a respeito dos argumentos de defesa. Neste sentido, após todas as provas coletadas e obedecendo ao princípio da ampla defesa (o processo foi convertido em diligência na forma, inclusive, requerida pelo impugnante), foi ele dado como instruído e pautado para a sessão de julgamento do dia 11 de outubro de 2016.

Nesta sessão de julgamento, embora situação não arguida pela defesa, dúvida a respeito da forma de como foi realizada a auditoria relativa à infração impugnada foi levantada pelos membros desta 4º JJF, uma vez que o autuado é empresa enquadrada no SIMPLES NACIONAL e o autuante havia utilizado todos os procedimentos aplicados a uma empresa enquadrada no regime normal de apuração do imposto (conta corrente fiscal), com alíquota de 17% e multa de 100%. Com tal motivação, esta 4º JJF converteu o processo em diligência no sentido de que a PGE/Profis emitisse parecer acerca da legalidade da presente ação fiscal, objetivando dar melhor lastro jurídico à matéria ora em pauta. Foram colocados alguns questionamentos, conforme descrito no Relatório do presente Acórdão.

A PGE/Profis, através do seu i. Procurador Dr. José Augusto Martins Junior, em síntese já que seu parecer resta transscrito neste Acórdão, entende que diante da peculiaridade da matéria em discussão (presunção de omissões de receitas apurada através de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias) e com base nas determinações da Lei Complementar nº 123/2006 firma a seguinte posição: “*Portanto, em operações em que não ocorra a emissão de notas fiscais não se aplica o tratamento diferenciado e beneficiado de que trata a legislação do Simples Nacional. Desta forma, em relação a estas operações desacobertadas de documento fiscal, a alíquota aplicada é aquela a que estão sujeitas as pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, conforme determinação legal. Neste sentido, no meu entender, afigura-se irrelevante o Auto de Infração ter sido lavrado no trânsito ou não. No mesmo sentido, tratando-se de operações não palpáveis no mundo real, não há que se falar na concessão de crédito fiscal*”.

Acolhendo o posicionamento da PGE/Profis, tendo em vista que a lide versa acerca da presunção de omissões de saídas decorrente da omissão de entrada de mercadorias, considero superada tal questão em relação à infração 03 e adentro ao mérito do presente Auto de Infração.

O contribuinte não se insurge contras as infrações 01 e 02 do presente lançamento fiscal, inclusive realizando recolhimento do imposto. Em vista disto, as mantenho em sua totalidade já que não existe lide estabelecida. São elas:

1. Falta de recolhimento do imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a sua respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valores inferiores ao das efetivas saídas omitidas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto o valor o maior valor monetário – o das saídas tributáveis (exercícios de 2010, 2012 e 2013).
2. 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 quantitativo de estoques por

espécie de mercadorias em exercício fechado (exercício de 2011).

A infração 03 do presente processo trata da 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 entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no exercício de 2014.

A empresa entende que ela (infração 03) é parcialmente procedente no valor de R\$28.143,53, requerendo parcelamento deste valor reconhecido.

Toda a discussão prende-se ao fato da desconsideração de notas fiscais no levantamento das entradas de madeira (única mercadoria contestada).

A empresa alega que o fiscal autuante não incluiu no levantamento fiscal as notas fiscais de nºs 0044 a 0054, 0056 a 0068, emitidas pela empresa JT MADEIRAS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME, notas fiscais idôneas e escrituradas no seu livro Registro de Entradas, conforme cópia que apensou aos autos (fls. 245/258).

Por sua vez o autuante apresenta, quando de sua informação, as razões da não inclusão dos nominados documentos fiscais nos levantamentos elaborados, que basicamente são os seguintes:

. As referidas notas fiscais não estavam escrituradas no livro Registro de Entradas apresentado quando da fiscalização. Inclusive naquela ocasião o representante da empresa, após receber o levantamento preliminar do Auto de Infração, insistentemente solicitou que elas fossem consideradas, já que, por lapso, tinha deixado de escriturá-las.

. Mesmo que as notas fiscais emitidas estivessem com os seus talões com período de validade, foram emitidas por empresa, após verificação fiscal, que não mais exercia suas atividades no local indicado junto a esta Secretaria de Fazenda. Afora que não estão carimbadas pelo Posto Fiscal Feira Nordeste (localizado entre Feira de Santana e Serrinha), não existe o recebimento das mercadorias (os canhotos de recebimentos não estão destacados) e que a empresa emitente dos documentos fiscais não recolheu qualquer ICMS - Antecipação Parcial sobre as aquisições da mercadoria, pois nas compras interestaduais de madeira deve ele ser recolhido. Em assim sendo, as notas fiscais são inidôneas.

Analisando estas específicas situações, razão assiste ao autuante em seus argumentos.

Ao se comparar a cópia do livro Registro de Entradas apresentado pela empresa no momento da fiscalização (fls. 309/324) com a cópia do livro apresentado quando da defesa (fls. 245/258) resta provado que este último foi refeito para a apresentação da impugnação. No primeiro, no mês de novembro de 2014 (as notas fiscais em questão, todas, se referem a este mês) elas não estão escrituradas - fl. 321. Já o apresentado quando da defesa elas aparecem como escrituradas (fl. 256).

Afora tal situação e pela informação dada pelo fiscal e não contestada pela empresa, quando da fiscalização, o autuado ao solicitar as suas inclusões, confessa que não as havia escriturado.

Em assim sendo, a cópia do livro Registro de Entradas apresentado pelo impugnante não pode ser aceita como livro fiscal legal.

Quanto aos documentos fiscais serem idôneos, as provas dos autos caminha em sentido contrário. Afora o fato delas não terem sido apensadas aos autos, o que desaguou em um pedido feito por esta 4ª JJF, elas foram emitidas por empresa não localizada pela Inspetoria no endereço indicado junto a esta Secretaria de Fazenda, nelas não existe qualquer carimbo do Posto Fiscal que indique o trânsito da madeira entre Feira de Santana (localização do emitente dos documentos fiscais) e Serrinha, localização do autuado. De igual forma, não existe qualquer prova do recebimento da madeira através dos referidos documentos fiscais por parte da empresa autuada (os canhotos de recebimento estão apensados nos documentos e em branco). E se analisarmos as aquisições de madeira do ano todo de 2014 foi ela da ordem de 472,77 m³ (fl.10).

Soa no mínimo estranho que, unicamente no mês de novembro de 2014, a empresa tenha adquirido, frisa-se, sem escriturar tais aquisições, 692,061 m³ de madeira, quase o dobro do que adquiriu em um ano.

No mais, o fato da JT MADEIRAS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME se encontrar, ainda, com seus talões de notas fiscais válidos (quando dos fatos geradores), não desconstitui toda a situação acima exposta. Ao contrário, pode ela levar a um ilícito fiscal maior, já que poderia (presume-se) estar utilizando documentos fiscais, aparentemente legais, para cometê-los. E, somente como observação, a JT MADEIRAS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME desde 23/12/2009 (Edital nº 49/2009) encontrava-se intimada para inaptidão, ocorrida em 2015 (fl. 355 verso dos autos).

Entretanto e mesmo com todas estas situações acima expostas, a situação poderia se reverter caso a empresa comprovasse que tais aquisições de fato aconteceram de forma lícita.

Este Colegiado tem posição firmada, com base no princípio da boa fé, que caso as notas fiscais que respaldaram as aquisições das mercadorias forem, posteriormente, declaradas inidôneas, podem elas serem consideradas, inclusive para apropriação do crédito fiscal. No entanto, deve o adquirente das mercadorias provar que realmente as adquiriu de forma lícita.

Esta é, de igual forma, a posição firmada pela Superior Tribunal de Justiça (STJ) através da Súmula 509, de 26/03/2014 e Recurso Repetitivo abaixo transcritos.

Súmula 509 - É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda.

REsp 1148444 / MG

RECURSO ESPECIAL 2009/0014382-6

Ministro LUIZ FUX

Data Julgamento: 14/04/2010

EMENTA: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. 1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja **nota fiscal** (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada **inidônea**, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação {....} 2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (norma aplicável, in casu, ao alienante). 3. In casu, o Tribunal de origem consignou que: "(...)os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria controversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes." 4. A boa-fé do adquirente em relação às **notas fiscais declaradas inidôneas** após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS. {...} 6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Trilhando este caminho foi que esta 4ª JJF baixou os autos em diligência para que a empresa comprovasse que, efetivamente, havia adquirido as madeiras na forma que expôs junto á JT MADEIRAS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME.

4. O autuado apresentou à fiscalização cópia de um cheque no valor de R\$341.591,08, inicialmente ao portador, o que já afasta de pronto tal prova como pagamento realizado ao fornecedor.
5. Por não ter sido aceito, tornou a apresentar o mesmo cheque (fl.359). Desta feita nominal à Sra. Andrea M. Sá Machado e não ao fornecedor, ou seja, a empresa JT MADEIRAS E

MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME.

6. Este cheque foi descontado em uma agência na cidade de Paragominas/PA , não se tendo notícia nos autos de que a JT MADEIRAS E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA ME, localizada na cidade de Serrinha/BA, tenha qualquer filial nesta cidade do Estado do Pará e que tenha em seu quadro societário a Sra. Andrea M. Sá Machado.
7. O autuante constatou que a empresa adquiriu madeira no Estado do Pará. Este fato não foi contestado pelo impugnante. Em assim sendo, mesmo que a tenha adquirido, porventura, naquele Estado, as notas fiscais apresentadas não acobertaram tais compras, pois notas fiscais de empresa deste Estado. Apenas reforça a aquisição da madeira sem nota fiscal.
8. O valor do cheque apresentado é da ordem de R\$341.591,08 e o valor das notas fiscais perfazem o montante de R\$254.728,68, ou seja, tal cheque não prova, em qualquer momento, o pagamento das compras realizadas e acobertadas pelas referidas notas fiscais.
9. O autuado não apresentou qualquer comprovante contábil que pudesse provar as aquisições de madeira através das nominadas notas fiscais. Ressalto, neste momento, de que quando da diligência requerida, esta 4ª JJF listou alguns exemplos de comprovação, mas não todos. Se a empresa fez transações através de pagamentos na forma que apresentou, na sua contabilidade deveria estar escriturado e identificado todos os pagamentos efetuados.

Diante de todos estes fatos, em qualquer momento o autuado provou que realizou transações comerciais através dos documentos fiscais que solicita serem incluídos no levantamento fiscal.

Em assim sendo, alinhando-me com a posição do autuante, tais documentos não podem ser considerados no levantamento quantitativo dos estoques do exercício de 2014.

Por tudo exposto, mantenho em sua totalidade a infração 03.

Voto pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal. Que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda proceda a hologravação dos valores do imposto efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 222549.0005/15-1, lavrado contra **CARPINTARIA SILVA LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$111.345,75**, acrescido das multas de 100%, prevista no art. 42, III. da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais. Que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA- PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR