

**A. I. N°** - 232177.0050/19-3  
**AUTUADO** - CARVVO LTDA.  
**AUTUANTE** - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS  
**ORIGEM** - INFRAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 24/01/2020

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0216-04/19**

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS SEM A EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL. PRESUNÇÃO LEGAL. VALOR DAS ENTRADAS SUPERIOR AO DAS SAÍDAS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entrada, presume-se que efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Todavia não foi observado todos os aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Contribuinte enquadrado no Simples Nacional. A alíquota a ser aplicada na apuração do imposto é aquela relativa ao regime que se enquadra o sujeito passivo. 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 n° 123/2006, art. 39, § 2º e a Resolução CGSN n° 94/2011, que foi revogada pela Resolução CGSN n° 140 de 22/05/2018, na forma do art. 92, § 1º e § 2º. Com fundamento no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, infração nula. Representa-se à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada na forma do art. 21 do mesmo diploma legal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/05/2019, constitui crédito tributário no valor de R\$223.605,13, atribuindo, ao sujeito passivo, o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 04.05.04: Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações 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, conforme demonstrativo de fls. 08 a 20 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 50. Lançado ICMS no valor de R\$223.605,13, com enquadramento no art. 4º, § 4º, inciso IV; e art. 23-A, inciso II da Lei n° 7.014/96, c/c art. 6º, 7º e 8º da Portaria n° 445/98, mais multa de 100% tipificada no inc. V, “a” da Lei n° 7.014/96.

O autuado apresenta defesa administrativa, às fls. 57 a 63, com documentos anexos acostados aos autos, contestando integralmente o Auto em tela, pelas razões que passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 29.936.803/0001-34, com sede na Rua Alceu Amoroso Lima, número 172, Ed Office Pool, sala 702, Caminho das Árvores, CEP: 41.820-770, representada, neste ato, por seu sócio gerente Sr. FERNANDO AKIRA MOURA TAKEDA, empresário, brasileiro, solteiro, portador do RG nº 1144316200 e do CPF nº 034.919.675-38, por intermédio de seu advogado e bastante procurador, procuração em anexo, vem, respeitosamente, apresentar defesa ao **auto de infração nº 232177.0050/19-3**, em tela, fazendo-o pelas razões que a seguir destaco.

#### *I. DA TEMPESTIVIDADE*

Diz que a presente defesa escrita, inibidora do andamento do Auto de Infração, é no rigor da legislação tributária tempestiva em todos os seus efeitos e pretensões, haja vista os fatos abaixo narrados.

Registra que tomou ciência do referido auto de infração no dia 21/05/2019, iniciando-se a contagem do prazo no dia útil seguinte, ou seja, dia 22/05/2019. Sendo assim, decorridos os 60 (sessenta) dias preconizados em lei, verifica-se que o prazo fatal para a interposição da presente defesa ocorre na data de 22/07/2019.

Comprovada assim a tempestividade da presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que tornam nulo o auto de infração nº 232177.0050/19-3, nos termos abaixo alinhavados.

#### *II. DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO*

Pontua que a notificação resta eivada de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo elaborado pelo Sr. Fiscal deveria relacionar **todas** as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito, à luz do seu entendimento, indispensável para configurar a infração cometida.

Diz que, conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo, portanto observar os seguintes requisitos: nome e qualificação do autuado; o local, a data e a hora da lavratura; a descrição clara e precisa do fato; a descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária; a exigência a ser cumprida; a intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal; a assinatura do atuante e do autuado, quando possível; e a indicação da repartição onde correrá o processo.

Neste contexto, aduz que o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa.

Ante esta falha, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento quantitativo do estoque, pois se denota que o fiscal auferiu tão somente os números relativos às “saídas”, desconsiderando totalmente os números das “entradas”.

Frisar que a empresa CARVVO, empresa autuada, iniciou suas atividades como MEI, através de seu sócio **FERNANDO AKIRA MOURA TAKEDA**, CNPJ: 27.508.854/0001-30, já devidamente baixado, conforme Certificado da Condição de Microempreendedor Individual anexa, posteriormente, em razão do crescente negócio houve a abertura da empresa **CARVVO COMÉRCIO DE COSMÉTICOS E PRODUTOS DE HIGIENE PESSOAL LTDA**, CNPJ: 29.936.803/0001-34.

Ressalta que FERNANDO AKIRA MOURA TAKEDA, sócio do MEI, citado, é também sócio da CARVVO COMÉRCIO DE COSMÉTICOS E PRODUTOS DE HIGIENE PESSOAL LTDA, conforme se verifica no contrato social da empresa e no “*Recibo de Entrega de Declaração Original do Simples Nacional*”.

Consigna que, tanto o MEI quanto a CARVVO são em essência a mesma coisa, vez que possui o mesmo sócio e comercializa os mesmos produtos. Portanto, diz que deverá o fisco considerar as notas relacionadas ao MEI, em anexo, vez que se trata da mesma operação objeto do auto de infração em debate.

Ademais, salienta o fato de o fiscal ter aplicado alíquota de regime diverso ao do Contribuinte. Destaca que a notificada é integrante do Simples Nacional, recolhe os valores a título de ICMS no valor equivalente a **2.985%**. Desta forma, diz que não poderia o fiscal se valer de sua autoridade para aplicar alíquota diferente do retromencionado.

Pontua que erro na construção do lançamento acarreta vício insanável do lançamento, razão pela qual deve ser cancelado o presente auto de infração.

Acrescenta que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do agente Fiscal. Tal fato, diz que, por si só, eiva de nulidade os autos de infração lavrados pois desobedece ao Art. 142 do CTN, que destaca.

Após destacar outras considerações de nulidade do processo administrativo fiscal, diz que se torna primordial a declaração de nulidade do auto de infração e consequente inexigibilidade da multa aplicada para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Se assim não entendido, permite-se a notificada requerer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

### *III. DO MÉRITO*

Após descrever os termos da infração, diz que é uma empresa constituída no Estado da Bahia há pouco mais de 01 ano, tendo destaque nacional na comercialização de seus produtos. Sempre buscou, apesar das várias dificuldades que assolam os empresários de nosso País, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, tendo a notificação, ora alvo desta defesa, incorrido em erro que a torna nula de todos os efeitos, sejam fiscais ou legais.

Assim, entende que o auto de infração não tem esteio tributário vez que, como mencionado anteriormente, a fiscalização falhou em não considerar as notas da operação em discussão, tais notas apesar de terem sido emitidas no nome do MEI, corresponde a mesma operação econômica.

De acordo com as notas fiscais em anexo, verifica-se a entrada de 24.407 produtos ao se considerar as notas emitidas no nome do MEI, que destaca na forma de quadro à fl. 61, com as notas fiscais anexas às fls. 72 a 79 dos autos.

Portanto, diz comprovar o erro da fiscalização em demonstrar a suposta incongruência no estoque do notificado, vez que não foi considerado as notas de entradas dos produtos. Assim sendo, diz restar demonstrado a inexistência de qualquer infração.

Após traçar outras considerações amparadas na disposição do art. 151 do CTN, bem assim do art. 96 do mesmo instrumento legal, diz que, em entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, reduzindo a multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei, primando pela observância dos dispositivos legais e conferindo à notificada a mais perfeita justiça!

### *IV. DOS PEDIDOS*

Apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, permite-se, a notificada, na exata forma processual administrativa, requerer: (1) seja regularmente distribuída e conhecida a presente defesa, sendo processada pelo órgão competente; e (2) seja declarado nulo em sua totalidade o auto de infração em razão dos equívocos da fiscalização em não apurar a totalidade das notas fiscais, bem como na arbitrariedade cometida ao se aplicar alíquota superior àquela relativa ao regime em que se enquadra a notificada.

Se assim não entendido, (3) seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas.

Adentrando no mérito, (4) seja a presente defesa julgada totalmente procedente em todos os seus termos; e na hipótese de não acolhimento dos argumentos acima elencados, (5) seja, no mérito, aplicada a alíquota devida no percentual de 2.985%, relativo ao que a notificada efetivamente paga em virtude de ser integrante do Simples Nacional, bem como seja reduzido o valor da multa para percentual razoável de face a inexistência de má-fé ou benefício financeiro.

O agente Fiscal Autuante, em sua informação fiscal às fls. 83/85, após destacar os termos da defesa, diz que a Autuada foi devidamente intimada, à fls. 04, 05 e 06, para apresentar os livros e documentos fiscais.

Em seguida, informa que todos os requisitos fundamentais citados pelo Contribuinte Autuado foram atendidos, conforme a legislação em vigor, descabendo a nulidade como solicitado.

Quanto às aquisições, como informado pelo autuado, as mercadorias foram adquiridas por outra empresa jurídica e não apresentou as notas fiscais de vendas transferindo para a empresa autuada.

Ressalta que a empresa FERNANDO AKIRA MOURA TAKEDA, CNPJ/MF 27.508.854/0001-30 teve sua inscrição estadual concedida em 11/04/2017 e encerrada a suas atividades em 10/02/2018 e sua baixa ocorrida em 21/02/2018 e as notas fiscais apresentadas na defesa de folhas 73 a 79 dos autos (NF 1564, NF 1651, NF 1668, NF 1743, NF 1784, NF 1822 e NF 1963) foram posteriores ao encerramento de sua atividade.

Informa, também, que a empresa autuada, a CARVVO LTDA., foi constituída em 14/03/2018. Ou seja, não procede a alegação que *“são a mesma empresa”* ou continuação do negócio. Destaca, também, que as supostas compras da empresa FERNANDO AKIRA MOURA TAKEDA são posteriores ao início da atividade da CARVVO LTDA.

Quanto à alíquota aplicada, informa que está correta conforme legislação em vigor, ou seja, 18%.

Em conclusão, diz que a Autuada, na peça de sua defesa, somente o fez no sentido de protelar a cobrança dos débitos apurados.

Ante o exposto, solicita que seja o presente PAF julgado procedente em sua plenitude.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir imposto (ICMS) sobre operações 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, conforme demonstrativo de fls. 08 a 20 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 50, com enquadramento no art. 4º, § 4º, inciso IV; e art. 23-A, inciso II da Lei nº 7.014/96, c/c art. 6º, 7º e 8º da Portaria nº 445/98, mais multa de 100% tipificada no inc. V, “a” da Lei nº 7.014/96.

Relativamente à arguição de nulidade quanto a Fiscalização não ter considerado no levantamento quantitativo de estoque, todas as notas fiscais que diz relacionar à sua atividade operacional no período da ação fiscal, mais especificamente a notas fiscais adquiridas em nome do MEI, FERNANDO AKIRA MOURA TAKEDA, CNPJ/MF 27.508.854/0001-30, um dos sócios da defendente, entendendo não restar razão ao sujeito passivo, vez que não se trata da mesma pessoa jurídica, como bem está descrito nas disposições da Portaria nº 445/98, que trata dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Tal procedimento fiscal é destinado, eminentemente, a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de um mesmo contribuinte, diferentemente do quanto arguido

pela defesa. Não há porque se considerar, no levantamento mercadorias adquiridas por meio de outra pessoa jurídica, mesmo que esta pessoa jurídica participe do quadro societário da empresa autuada, como assim argui a defendente.

Entretanto, relativamente a aplicação de alíquota superior àquela relativa ao regime tributário em que se enquadra a defendente, entendo merecer guarida seu pedido de nulidade, ou seja, vejo assertivo o seu acolhimento pelas disposições da Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 2º que a seguir destaco:

*§ 2º No caso em que o contribuinte do 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 alíquota prevista nesta Lei Complementar, e a parcela autuada que não seja correspondente aos tributos e contribuições federais será rateada entre Estados e Municípios ou Distrito Federal. (Grifos acrescentado).*

Tal dispositivo foi recepcionado pela Resolução 94/11 do CGSN, que trata do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, hoje revogada pela Resolução 140 de 22/05/2018, que traz a seguinte redação em seu artigo 92, § 1º e § 2º a seguir destacado:

*Art. 92. No caso em que a ME ou a EPP optante pelo Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de origem não identificável, a autuação será feita com utilização da 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) (Grifos acrescentado)*

*§ 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)*

*§ 2º A parcela autuada que não seja correspondente aos tributos federais será rateada entre Estados, Distrito Federal e Municípios na proporção dos percentuais de ICMS e ISS relativos à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, dentre as tabelas aplicáveis. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 39, § 2º)*

Ademais, cabe aqui destacar o entendimento desta mesma 4ª Junta de Julgamento sobre esta mesma matéria, através do Acórdão JJF nº 0210-04/16, mantido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal com o Acórdão CJF nº 0223-12/17, onde a decisão foi pela nulidade do procedimento fiscal, que 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, como é o caso objeto em análise.

Neste sentido, vejo que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entrada, presume-se que efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, vez que não se observa, nos autos, qualquer comprovação por parte do Contribuinte Autuado a origem dos recursos.

Todavia, vejo, dos elementos constitutivos do Auto de Infração, em tela, que não foram observados todos os aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. O Contribuinte Autuado estava enquadrado no Simples Nacional à época dos fatos. Neste contexto, a alíquota a ser aplicada na apuração do imposto é aquela relativa ao regime que se enquadrava o sujeito passivo.

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, art. 39, § 2º e Resolução CGSN nº 94/2011, que foi revogada pela Resolução CGSN nº 140 de 22/05/2018, mais especificamente o art. 92, § 1º e § 2º, acima destacado.

Em conclusão, com fundamento no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, voto pela Nulidade do presente Auto de Infração, e represento à autoridade fazendária competente, para determinar a renovação do procedimento administrativo fiscal, a salvo da falha apontada, na forma do art. 21

do RPAF, ou seja, que o procedimento fiscal de apuração do imposto devido seja realizado, observando a disposição da LC 123/06, art. 39, § 2º, e Resoluções CSGN nºs 94/2011 e 140/2018, atentando para o aspecto decadencial de constituição do crédito fiscal.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em tela, ficando PREJUDICADA a análise do argumento de mérito apresentado nestes autos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232177.0050/19-3**, lavrado contra **CARVVO LTDA**. Recomenda que o procedimento fiscal seja renovado, a salvo da falha apontada.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA