

**PROCESSO** - A. I. Nº 232177.0050/19-3  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - CARVVO LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0216-04/19  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 15/02/2020

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0368-11/20-VD

**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 nº 123/2006, art. 39, § 2º e a Resolução CGSN nº 94/2011, que foi revogada pela Resolução CGSN nº 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**, Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a decisão de piso (ACÓRDÃO 4ª JJF Nº 0216-04/19), que julgou o Auto de Infração, por unanimidade dar Nulidade, lavrado em 13/05/2019, para exigir crédito tributário no montante histórico de R\$223.605,13, ano de 2018, tendo em vista a seguinte infração abaixo descrita:

*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...”*

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 04/12/2019 (fls. 91 A 96), e, decidiu pela Nulidade do Auto de Infração nos termos a seguir reproduzidos.

**“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, entendo 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 acrescido).*

*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 acrescido)*

*§ 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.”

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

## VOTO

Observo que a decisão da 4ª JJF (Acórdão Nº 0216-04/19), desonerou o sujeito passivo, decidindo pela Nulidade do Auto de Infração, extinguindo o crédito tributário de R\$460.380,60, valor atualizado à data do julgamento (folha 98), fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, sendo cabível o presente recurso.

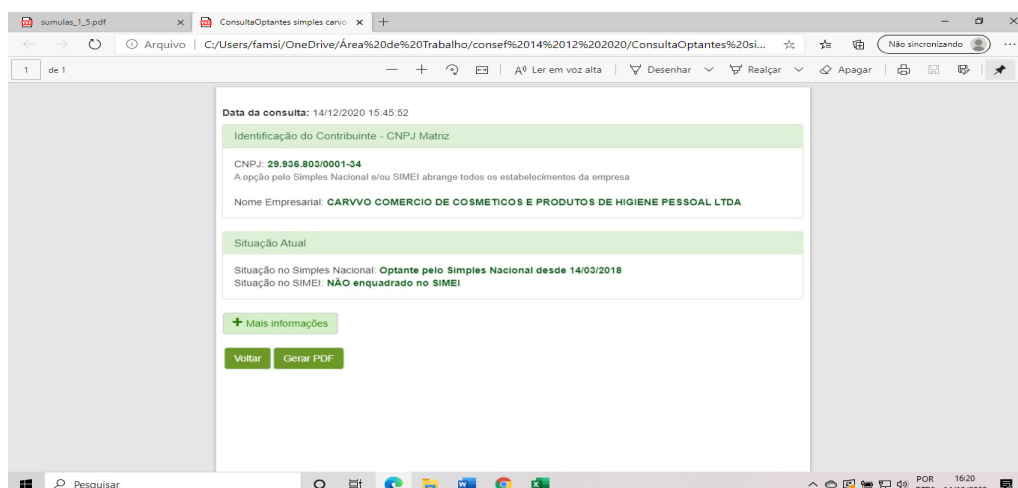
Quanto ao mérito, a conduta da autuada será delimitada na infração 1, sendo assim descrita – “Falta de recolhimento do ICMS, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias, realizadas anteriormente e não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado 2018...”

Em análise proferida pela 4ª JJF, e examinando os argumentos e informações do autuante, no que tange a infração 01, bem como as argumentações por parte do sujeito passivo, em conformidade contida nos documentos, notas fiscais e demonstrativos fiscais (folhas 01 a 02, 07 a 49, 53, 57 a 63, 72 a 79, 83 a 85), acostados ao PAF, aqui específico da seguinte forma:

- I) Analisando a infração 01, foi constatado existência de vício em todo procedimento fiscal, na apresentação de elemento que daria sustentação da referida infração, vejamos o que cita a infração 01 – quanto a alíquota do ICMS/BA., aplicada em 18%, amparada de forma incorreta na Lei nº 7.014/96;

DATA DE OCORRENCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CALCULO	ALÍQUOTA %	MULTA	VLR HISTORICO (R\$)
31/12/2018	09/01/2019	1.242.250,72	18	100	223.605,13

- II) Além da alíquota que foi aplicada de forma equivocada nesta lide em 18%, foi constatada que o contribuinte autuado a época dos fatos, estava enquadrado na condição de Simples Nacional em conformidade contida na Lei Complementar 123/2006, abaixo demonstrado; e,



III)Tendo como elementos aqui citados da aplicação da alíquota “18%”, quanto do enquadramento do Simples Nacional, disposto pela adesão ao regime devidamente comprovado acima, por parte do contribuinte autuado, conforme base normativa: quanto à aplicação das **omissões de receita contida na Resolução CGSN nº 140/2018**, está devidamente amparada pela LC 123/2006, art. 2º, inciso I, que dispõe sobre o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), em seu art. 98, § 1º e § 2º, abaixo descrita, (grifo nosso).

*“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), (grifo nosso).*

*§ 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)”.*

Os elementos acostados a lide, tendo na aplicação da alíquota de 18%, de forma errônea, que deveria ser aplicada pela autuação como referência a omissão de receita de origem não identificável, a utilização da maior das alíquotas relativas à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte autuado, dentre as tabelas aplicáveis às respectivas atividades devem ser amparadas pela Lei Complementar nº 123/2006, em conformidade contida na Resolução CGSN nº 140/2018, e, não pela norma contida pela Lei Estadual nº 7.014/96, estando o contribuinte autuado amparado sob a hedge do regime tributário do simples nacional, justificando com segurança, pela nulidade do Auto de Infração.

Quanto a infração 01, mantenho a nulidade em conformidade com a Súmula CONSEF nº 01, não merecendo reparo a Decisão recorrida.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 232177.0050/19-3, lavrado contra **CARVVO LTDA**. Recomenda-se que o procedimento fiscal seja renovado, a salvo da falha apontada.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

CLÁUDIO JOSÉ SILVEIRA PINTO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE /PROFIS