

**PROCESSO** - A. I. Nº 120018.0201/09-1  
**RECORRENTE** - ATIVO ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0012/02-10  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 28/12/2010

## 2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0454-12/10

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. A legislação prevê a aplicação de multa no percentual de 5% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiver sido informado na DME. Infração caracterizada através da falta de declaração na DME de notas fiscais de compras identificadas a partir de informações do SINTEGRA. Verificada a ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração apontada, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, impugnando a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou procedente o Auto de Infração lavrado em 30/06/2009, para exigir o valor total de R\$69.644,05 referente à multa acessória de 5% do valor do ICMS devido por ter incorrido na seguinte infração: omitiu entradas de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), nos exercícios de 2004 a 2006, conforme demonstrativo (fl. 08) e Relatório de Notas Fiscais do SINTEGRA (fls. 09 a 33).

O sujeito passivo em sua defesa às fls.36 a 40, transcreveu a infração, e informou que é pessoa jurídica que atua exclusivamente no ramo de fabricação de tubos e acessórios de material plástico para uso na construção, comércio varejista, peças para construção, serviço de engenharia, serviço de arquitetura, aluguel de máquinas e equipamentos para construção sem operador, exceto andaimes, comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente.

Frisa que, segundo se depreende do Auto de Infração, a conclusão fiscal está baseada através de análise e levantamento de auditoria de mercadorias da empresa, bem como outros documentos, presumindo ter ocorrido a entrada de mercadorias na empresa sem registro, e diz que tal fato não alterou a base de cálculo do ICMS recolhido, entendendo inexistir omissão de mercadorias para o enquadramento na faixa utilizada na condição de Empresa de Pequeno Porte.

Salienta que não adquiriu para revenda as mercadorias objeto da autuação, sendo que a notória ausência dos referidos documentos é justificada pelo fato de serem de consumo, como papelaria, manutenção das instalações, manutenção de veículos e aquisições do ativo imobilizado.

Ressalta que a infração trata da incidência de ICMS sobre as mercadorias supostamente adquiridas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, expressando que a infração é relativa ao imposto que deveria ser recolhido, atribuindo a responsabilidade solidária.

Sustenta que, como já ressaltado e como comprovado com os documentos anexos, tal ilação é indevida, pois os próprios registros contábeis da empresa demonstram o regular lançamento e o recolhimento dos tributos, não sendo admissível que se autue a empresa para novamente recolher tributos que recolheu e, pior, recolher imposto que foi recolhido por terceiros.

Ressalta que não se exime de eventuais erros efetivamente cometidos, tanto assim que, de fato, constatou que houve realmente a ocorrência dos fatos ali apontados. Entretanto, aduz que não houve prejuízo aos cofres do Estado.

Argui que a busca da verdade material deve prevalecer em relação à mera presunção embasada numa eventual irregularidade formal (art.2º do RPFA/99). De fato, que não se pode olvidar que a atividade fiscalizatória está jungida aos princípios gerais do procedimento administrativo, como o princípio da legalidade objetiva, o princípio da vinculação e, com destaque para o presente caso, o princípio da verdade material.

Ainda que haja justificativa – e até mesmo previsão legal – para a conduta do fiscal, o que se argumenta, agora, é que a verdade, outrora apenas arguida pelo preposto da empresa, está agora demonstrada substancialmente através de farta prova documental, a conduzir ao inevitável entendimento de não ter havido as omissões de entrada presumidas pela fiscalização, mas mera falta de informação.

Argumenta que fica patente que não agiu, em momento algum, com dolo ou má-fé, nem com intenção de burlar a legislação vigente, pois informou o tempo todo que as aquisições foram feitas da forma correta e procurou manter a escrituração contábil, sempre com as informações corretas, municiando a fiscalização com todas as informações e documentos solicitados.

Invoca o art. 112 do Código Tributário Nacional, que prescreve a necessidade de interpretar-se em favor do contribuinte a lei que estabelece infrações e penalidades, especialmente no caso de circunstâncias materiais do fato ou a natureza e extensão dos seus efeitos, de forma a se permitir a realização do ideal de justiça.

Pede diligência, por fiscal estranho ao feito, para reexame, visando confirmar que não houve danos ao Fisco.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal à fl. 52, a autuante rebate as razões defensivas dizendo que o Regulamento do ICMS dispõe sobre a omissão de entradas de mercadorias nas informações econômico-fiscais, e que compete à fiscalização o fiel cumprimento da legislação, não lhe cabendo juízo de valor quanto às intenções ou sequências. Observa que, independentemente das mercadorias serem tributadas ou não, todas as notas fiscais devem ser consideradas. Por fim, considerando que o autuado não apresentou provas ou argumentos que pudessem elidir a ação fiscal, manteve integralmente o seu procedimento fiscal.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal pronunciou-se diante do caso em lide, julgando o Auto de Infração supracitado como procedente (fls. 55 a 58), como se pode verificar nos dizeres transcritos abaixo:

*“Inicialmente, observo que a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, uma vez que o fato descrito no Auto de Infração está de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, e a ocorrência está baseada em informações obtidas junto ao SINTEGRA.*

*Assim, ficam rejeitadas as arguições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999.*

*Ainda em preliminar, quanto ao pedido do autuado para que fiscal estrai lançamento, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica ir*

*que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas.*

*No mérito, na análise das peças processuais, verifico que a multa foi aplicada em razão da constatação da omissão, na Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (DME), das notas fiscais identificadas a partir de informações do SINTEGRA.*

*O entendimento reinante no CONSEF é que Notas Fiscais informadas no Sintegra, por si só, não constituem prova de que as mercadorias nelas relacionadas entraram no estabelecimento do destinatário, devendo ser apresentadas pelo fisco provas adicionais representadas pelos pagamentos efetuados das faturas, quem retirou as mercadorias, quem as recebeu, etc.*

*Neste processo, não existem cópias das notas fiscais, mas tão-somente uma relação discriminativa às fls. 09 a 33. Ultrapasso esta exigência, tendo em vista que o autuado, em sua peça defensiva, não negou a aquisição das mercadorias constantes nos documentos fiscais citados.*

*Para elidir o lançamento fiscal, o argumento defensivo está centrado na alegação de que inexistiu omissão de mercadorias para o enquadramento na faixa utilizada na condição de empresa de pequeno porte, ou seja, que está submetido ao regime de apuração do imposto pelos critérios do SIMBAHIA, e que a ausência dos referidos documentos é justificada pelo fato de serem bens de consumo, como papelaria, manutenção das instalações, manutenção de veículos e aquisições de ativo imobilizado.*

*No tocante à alegação de que está submetido ao regime do SIMBAHIA, não descaracteriza a imputação, pois a multa foi aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória de omitir dados na DME, e sua aplicação independe da faixa de faturamento a que está submetido, a teor do que dispõe o art. 42, inciso XII-A, da Lei nº 7.014/96, in verbis:*

**“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:**

.....

**XII-A - 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento e dos serviços prestados durante o exercício, quando não tiver sido informado em Declaração Eletrônica a que estiver sujeita a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte.”**

*De acordo com o dispositivo legal acima transcrito, a multa incide apenas sobre as entradas omitidas, conforme notas fiscais relacionadas às fls. 09 a 33, notas essas que o autuado não contesta corresponderem à aquisição de mercadorias por ele realizada.*

*Portanto, de acordo com o dispositivo legal acima transcrito, o fato de o contribuinte estar enquadrado no regime de apuração simplificado – SIMBAHIA, não é fato impeditivo da aplicação da multa em questão, uma vez que, a multa é específica para quando não tiver sido informada entrada de mercadorias na DME, imprescindível para a avaliação dos limites de faturamento para enquadramento no SIMBAHIA.*

*Quanto a outra alegação, ou seja, que as mercadorias foram adquiridas para consumo do estabelecimento, apesar de alegado na defesa, não foi trazido ao processo qualquer documento de prova dessa alegação.*

*Ante o exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração.”*

O autuado, por entender como injusta a Decisão, recorreu à Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, interpondo Recurso Voluntário (fls. 67 a 68), no qual alegou:

*“Entendendo não existir omissão de mercadorias para o enquadramento da faixa utilizada na condição de empresa de pequeno porte, e que as mercadorias objetos do Auto de Infração já foi objeto de pagamento do ICMS na operação anterior, considerando que o fisco aplicando a penalidade imposto de 5% das compras para consumo próprio ou ativo imobilizado, a multa imposta é de grande desequilíbrio aos cofres do contribuinte, considerando que o fato não alterou a base de cálculo e o imposto recolhido pelo contribuinte, expõe sua indignação por não considerar a condição do regime do SIMBAHIA no período de 2004, 2005 e 2006, aplicando a penalidade cinco anos após o fato gerador.*

*Considerando o princípio da verdade material, sabendo da necessidade de comprovar as nossas alegações que as mercadorias foram adquiridas para consumo próprio, apresentamos cópias das notas fiscais para comprovação.*

*À vista de todo o exposto, considerando a insubsistência e improcedência, seja acolhido o Recurso, anulando o lançamento de ofício, cancelando o lançamento, e aplicando os princípios da justiça.*

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, emite o seu Parecer opinativo (fls. 87 e 88), alegando que a Lei do ICMS, artigo 42, inciso XII-A da Lei nº 7014/96, prevê multa de 5%(cinco por cento) sobre o valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento e dos serviços prestados durante o exercício, quando não tiver sido informado em declaração eletrônica a que estiver sujeita a Microempresa e a Empresa de pequeno porte.

Salientou que a alegação do recorrente de não ter sido observada sua condição de SimBahia não elide a acusação, nem tem o condão de afastar a imputação.

Quanto às notas fiscais colacionadas no Recurso Voluntário, afirma que, visando comprovar que as mercadorias adquiridas se destinavam ao consumo/ativo fixo do estabelecimento, poderá o CJF proceder a sua análise ou à conversão do feito em diligência para este mister, se entender necessário.

Concluiu opinando pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Compulsando os autos, pude constatar que a Decisão da 2ª JF se baseia na constatação de que o autuado não procedeu às informações fiscais supramencionadas relativas às mercadorias adquiridas no período de 2004, 2005 e 2006, descumprindo uma obrigação acessória exigida, arguindo ainda, que o contribuinte não colacionou aos autos qualquer prova de que as mercadorias adquiridas de terceiros foram para consumo próprio, conforme depreende-se da sua assertiva, transcrita, na íntegra, a seguir: *“Quanto a outra alegação, ou seja, que as mercadorias foram adquiridas para consumo do estabelecimento, apesar de alegado na defesa, não foi trazido ao processo qualquer documento de prova dessa alegação”*.

Todavia, na sua peça recursal o recorrente colaciona aos autos algumas Notas Fiscais (fls. 69/77) que estão relacionadas no RELATÓRIO DE NOTAS FISCAIS dos exercícios de 2004, 2005 e 2006 juntadas pelo autuante (fls. 9 a 33) para demonstração do valor da autuação incidente sobre as referidas notas fiscais não informadas na DME.

Pela análise das referidas notas fiscais, concluo que as mercadorias ali constantes foram para consumo na sua atividade-fim, nos termos previstos na Cláusula Segunda do seu Contrato Social, permitindo, assim, elidir parte da autuação em tela.

Considerando que as notas fiscais acostadas podem ter sido apenas uma amostragem extraída de outras com o mesmo condão, aspectos não considerados no procedimento fiscal deste PAF, estou ciente que a infração imputada ao contribuinte carece da devida precisão. A condução do procedimento fiscal para firmamento do valor da infração contém presunções e inferências que geram uma insegurança, ou seja, que se cobre do sujeito passivo o que for devido, mas com a devida precisão e coerência entre os fatos apurados e a infração imputada. Ademais, pude verificar que o autuante não fez o cotejamento entre as Notas Fiscais acostadas, as que também constam no RELATÓRIO DE NOTAS FISCAIS com a DME. Acrescente-se, ainda, que não se têm nos autos as vias das notas fiscais que ensejaram a autuação pelo não informação das mesmas na DME.

Por conseguinte, face as falhas constatadas no referido Auto de Infração, resta prejudicado o Recurso Voluntário e, de ofício, voto pela decretação da NULIDADE da autuação, à luz do art. 20 do RPAF, robustecida pela evidente imprecisão da infração, conforme dispõe o art. 18, inciso IV. Alínea “a”, combinado com o § 1º deste mesmo dispositivo do RPAF/99, que determina a sua nulidade sempre que não for possível determinar com segurança *“o montante do débito tributário”* da infração (grifo meu).

Por fim, recomendo que seja refeito o procedimento fiscal a salv encontrar a verdade material e a justiça fiscal, sem prejuízos

Contribuinte.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar a **NULIDADE** do Auto de Infração nº 120018.0201/09-1, lavrado contra **ATIVO ENGENHARIA COMÉRCIO LTDA.**, devendo a repartição fazendária competente providenciar nova ação fiscal a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS