

**A. I. N°** - 209205.0006/12-9  
**AUTUADO** - VIAMED INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.  
**AUTUANTE** - MOISÉS DA SILVA SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO AMARO  
**INTERNET** - 11. 04. 2013

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0057-01/13

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. **a)** PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Autuado elide a acusação fiscal apresentando elementos hábeis de provas acatados pelo autuante que, inclusive, opina pela improcedência deste item da autuação. Infração insubsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DE ICMS POR ERRO DA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA. O próprio autuante admite inexistir o recolhimento a menos apontado neste item da autuação, em razão da relação direta com a infração anterior. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2012, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$18.728,94, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entradas, nos meses de setembro a dezembro de 2007, janeiro, maio a agosto de 2008 e junho de 2009, sendo exigido ICMS no valor R\$17.564,89, acrescido da multa de 150%. Consta que fazem parte do Auto de Infração diversos Anexos;
2. Efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de outubro a dezembro de 2007, janeiro, maio a agosto de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.164,05, acrescido da multa de 75%. Consta que fazem parte do Auto de Infração diversos Anexos.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 50 a 63) consignando, preliminarmente, que em todo processo seja ele administrativo ou judicial, o ônus da prova cabe a quem acusa.

Frisa que o autuante utilizou para este fim as informações obtidas exclusivamente no CFAMT ou no SINTEGRA. Acrescenta que o CFAMT é originado das vias de notas fiscais que são apreendidas nos postos fiscais e posteriormente são “digitadas manualmente”, sendo, desse modo, muito comum erros de digitação, consequentemente deixando o contribuinte vulnerável ao pagamento de uma

infração muitas vezes injusta, razão pela qual é indispensável que se tenha em mãos as notas fiscais que serviram para a respectiva informação. Quanto ao SINTEGRA, observa que diz respeito ao envio de algumas informações que constam no corpo da nota fiscal, também extremamente vulnerável a erros, razão pela qual é necessária toda documentação, isto é, notas fiscais, para que sejam confirmadas as informações que constam nos arquivos.

Registra que requisitou ao autuante, cópias das notas fiscais arroladas na autuação, entretanto, este informou que as respectivas notas fiscais não estavam em sua posse.

Salienta que as referidas notas fiscais deveriam estar anexadas aos autos, para que pudesse confirmar qual o tipo de operação foi realizada junto aos fornecedores, se a nota fiscal tratava de uma operação de compra e venda remessa para industrialização, bonificação, ou brinde.

Observa que além disso, na infração 01, data de ocorrência 31/10/2007, no campo Base de Cálculo, o valor encontra-se zerado, restando caracterizado um erro formal, também passível de nulidade.

Consigna que requer de forma preliminar a nulidade total do Auto de Infração, pelos motivos expostos acima que coadunam com a falta de provas e erro formal, ou seja, por não ter comprovado os lançamentos efetuados com as respectivas cópias das notas fiscais e não identificar os campos obrigatórios do Auto de Infração. Acrescenta que caso não seja acatada a preliminar, adiante constam as inconformidades que justificam a impugnação ao Auto de Infração.

Argui a nulidade do Auto de Infração, por ofensa ao art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, reproduzindo o teor do referido dispositivo regulamentar.

Assinala que cabe ao autuante lançar o tributo com as formalidades previstas no RPAF, no intuito de possibilitar ao contribuinte identificar o fato gerador da obrigação tributária e, conseqüentemente, exercer seu direito de ampla defesa e do contraditório, na forma do art. 5º da Constituição Federal.

Frisa que caso o Auto de Infração não preencha tais formalidades será nulo de pleno direito em razão da existência de vício formal. Registra que esse é o entendimento pacificado na SEFAZ/BA, conforme decisão cujo teor transcreve, referente à Notificação Fiscal nº 9095188.22/11-8 (Doc. 01). Registra que a Delegacia da Receita Federal do Brasil, em Salvador, também tem aplicado no julgamento tal entendimento reiteradamente, conforme se infere da decisão que anexa (doc. 03), na qual o órgão julgador declarou nulo o Auto de Infração, em face da não observância de formalidades obrigatórias para fins de lançamento.

Assevera que a referida decisão se amolda ao caso do presente Auto de Infração, haja vista que o autuante alega que confrontou notas fiscais de entrada com escrituração do livro de Registro de Entradas sem, no entanto, discriminar as notas fiscais que embasaram o seu entendimento.

Afirma que nesse contexto, sendo o Auto de Infração desprovido de formalidades legais, se encontra maculado de vício insanável, o que impõe a declaração de nulidade do Auto de Infração, na forma do art. 18 do RPAF, bem como na esteira da Jurisprudência administrativa pacificada nessa SEFAZ.

Prosseguindo, argui a existência de erro que macula de nulidade o Auto de Infração, por aplicação de multa não prevista na legislação do ICMS do Estado da Bahia.

Consigna que no caso dos autos o autuante faz incidir multa prevista em legislação federal, qual seja, a Lei nº 9.430/96, aplicando multa de 150% por suposta omissão de saída, contudo, é cediço que para fins de aplicação de multa por suposto não pagamento de ICMS há de ser aplicada a Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, na forma do art.42, inciso III, cuja redação reproduz.

Diz que se infere com isso, que o autuante deveria ter utilizado tal dispositivo para fins de aplicação de multa por suposta infração do recolhimento do ICMS, sendo certo que a aplicação de multa diversa é erro de direito que induz à inquestionável nulidade do Auto de Infração.

Assinala que é imprescindível, no presente caso, estabelecer distinções entre erro de fato e erro de direito, destacando que aquele recai sobre circunstância de fato, isto é, sobre qualidades essenciais da pessoa ou da coisa, enquanto que erro de direito é o relativo à existência ou interpretação errônea da norma jurídica. Invoca e transcreve lições de Estevão Horvath, Paulo de Barros Carvalho, Misabel Abreu Machado Derzi, bem como, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, para fundamentar a sua argumentação,

Diz que em vista do acima exposto, infere-se a manifesta nulidade do Auto de Infração, uma vez que não contempla a multa prevista na legislação estadual e, por conseguinte, é nulo de pleno direito.

Continuando, reporta-se sobre o mérito da infração 01, afirmando que tentou localizar as notas fiscais que foram relacionadas, tendo encontrado algumas e outras tentou identificar os fornecedores através dos números de CNPJ que constam nas relações do autuante.

Observa que percebeu que várias empresas são fornecedoras de máquinas e equipamentos, veículos, retorno de peças que foram enviadas para conserto, remessa para industrialização, ou seja, diversas situações que são impróprias para caracterizar a infração tipificada pelo autuante, pois não estão sujeitas a incidência de ICMS.

Afirma que o autuante também indicou várias notas fiscais como não registradas no livro Registro de Entradas, entretanto, comprova o seu equívoco, apresentando como prova do devido registro, planilha de controle, que identifica a localização da Nota Fiscal no respectivo livro Registro de Entradas, descaracterizando desta forma a infração na sua totalidade.

Ressalta que por possuir máquinas injetoras, é contratado para industrializar produtos de terceiros, razão pela qual a grande maioria das notas fiscais de entrada, encontradas ou não, tem como CFOP o código 5901 com a natureza da operação de “Remessa para Industrialização”, conseqüentemente não há incidência de ICMS.

Assegura que pretende demonstrar que não se trata de uma operação de compra e venda, pois toda mercadoria recebida para industrialização é totalmente devolvida ao fornecedor de origem através de uma nota fiscal específica para esta situação conforme determina o RICMS, sem a incidência do referido imposto.

Apresenta, por data de ocorrência, as suas justificativas referentes às notas fiscais que identifica, requerendo, a nulidade desta infração.

No que tange à infração 02, diz que por possuir um liame direto com a infração 01, já que é consequência direta daquela infração, torna-se completamente improcedente pelos motivos expostos na infração anterior.

Finaliza solicitando a nulidade do Auto de Infração. Requer, por cautela, a imediata exclusão do lançamento fiscal realizado para a competência de 10/2007, em razão da inexistência de base de cálculo para o tributo (infração), bem como seja reduzida a multa para o patamar de 75%, na forma da Lei Estadual 7014/96.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 166 a 170), consignando quanto à preliminar suscitada pelo autuado, que os procedimentos adotados estão previstos e foram realizados conforme orientação do roteiro de fiscalização VERIF-712, na forma dos Procedimentos e Rotinas Sefaz disponível na intranet.

No que concerne à infração 01, frisa que o autuado apresentou cópias de algumas notas fiscais listadas no Anexo 1 do Auto de Infração, e que comprovadamente se referem a remessas para industrialização, retorno de mercadorias e aquisição de máquinas e equipamentos, não incidindo ICMS nas saídas. Diz que desta forma acata a solicitação do contribuinte autuado pela improcedência total da infração.

Quanto à infração 02, salienta que, de fato, existe a correlação desta com a infração 01, portanto não havendo erro na informação da receita e recolhimento a menos do ICMS

Observa, contudo, que mesmo não se tratando de operação de aquisição de mercadorias para comercialização, é obrigatória a escrituração das entradas de mercadorias ou bens a qualquer título, conforme determina o art.322 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97 e o art. 63 da Resolução CGSN nº 94/11, cuja redação transcreve.

Afirma que pelo descumprimento da obrigação acessória de escriturar as notas fiscais no livro Registro de Entradas o contribuinte autuado está sujeito a multa, de acordo com o art. 42 inciso XI da Lei 7.014/96, cujo teor reproduz.

Finaliza opinando pela improcedência das infrações 01 e 02 e sugerindo a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XI, da Lei 7014/96, incidente sobre as notas fiscais cujas cópias foram anexadas pelo contribuinte na sua defesa (fls. 105/131), além de outras requisitadas ao arquivo de notas do CFAMT, anexadas na informação fiscal (fls. 171/178), conforme demonstrativo que apresenta no valor total de R\$2.301,62.

O autuado se manifestou (fls. 185 a 188), salientando que o Auto de Infração foi baixado em diligência para que fiscal estranho ao feito fizesse análise detida do caso, tendo a diligência fiscal concluindo pela improcedência das infrações 01 e 02.

Diz que, no entanto, o autuante sugeriu a aplicação de multa diversa da estampada no Auto de Infração, tendo, inclusive, apresentadas novas notas fiscais ao processo administrativo fiscal, em total afronta ao devido processo legal.

Frisa que se infere com isso, que o fiscal deveria ter utilizado tal dispositivo para fins de aplicação de multa por suposta infração do recolhimento do ICMS, sendo certo que a aplicação de multa diversa da prevista na legislação estadual é erro de direito que induz à inquestionável nulidade do Auto de Infração. Repete o que afirmara na defesa inicial sobre erro de fato e erro de direito.

Afirma que nesse contexto, havendo erro na identificação da multa aplicada, não é possível alterá-la no curso do processo, sob pena de cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Conclui reiterando os termos de impugnação inicial e requer seja declarada a nulidade do Auto de Infração em sua totalidade.

O autuante se pronunciou (fls. 194 a 197), informando quanto à multa sugerida que não se trata de multa por infração ao recolhimento do ICMS, mas sim de multa prevista na legislação já mencionada na informação fiscal e diz respeito ao descumprimento de obrigação acessória.

Relativamente às notas fiscais acostadas aos autos, esclarece que não são novas notas, mas sim notas fiscais relacionadas no Auto de Infração, e de pleno conhecimento do autuado.

Finaliza opinando pela aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XI, da Lei 7014/96, incidentes sobre as notas fiscais não registradas pelo autuado, conforme demonstrativos que apresenta no valor de R\$ 2.301,62.

#### **VOTO**

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo a infração 01 referente à falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entradas, e a infração 02 a recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita.

Verifico que o autuado apresentou elementos de provas com justificativas que elidem a infração 01, fato admitido pelo próprio autuante. Desse modo, a infração 01 é insubsistente. Quanto à infração 02, por estar vinculada diretamente à infração 01, também resta insubsistente.

No que concerne à pretensão do autuante para que seja aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de escrituração das notas fiscais no livro Registro de Entradas, no valor de R\$ 2.301,62, entendo que descabe a imposição da multa sugerida, haja vista que restou comprovada a insubsistência das infrações originalmente apontadas no Auto de Infração e, conseqüentemente, que o contribuinte não incorreu na prática de dolo, fraude ou simulação, bem como que não falta de recolhimento do imposto.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 209205.0006/12-9, lavrado contra **VIAMED INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR