

**A. I. Nº** - 192378.0001/17-8  
**AUTUADO** - RB MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EIRELI – EPP  
**AUTUANTE** - CÉLIA CAETANO DE SOUZA  
**ORIGEM** - INFAZ JEQUIÉ  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 08/11/2019

#### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0135-01/19

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Imputação imprecisa, sem indicação da fonte ou dos critérios que conduziram à configuração da infração apontada. Falta de provas. Inexistência de demonstrativo dos cálculos. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração imputada. Acolhida a nulidade suscitada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/08/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$196.585,04, acrescido da multa de 100%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Operação realizada sem emissão de documento fiscal OU com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal – que com este possa confundir-se e substituí-lo – em flagrante desrespeito às disposições da Legislação Tributária.*

Consta adicionalmente o seguinte registro na descrição da conduta infracional imputada ao autuado: *Contribuinte adquiriu mercadorias sem documentos fiscais.*

Período de ocorrência: fevereiro a julho de 2017.

O autuado apresentou Defesa (fls.14 a 20). Alega que muito embora a infração descreva “operação realizada sem emissão de documento fiscal OU emissão de outro documento não fiscal” a autuante anexa ao Auto de Infração um demonstrativo de apuração de antecipação parcial e outro de antecipação tributária, conforme quadro que apresenta.

Afirma que as diferenças apontadas no quadro apresentado se devem a erros incorridos pela autuante, entre os valores apurados em seus demonstrativos e os valores por ela lançados no Auto de Infração, o que, caso esses valores fossem pertinentes, ocasionariam uma cobrança a mais de ICMS no montante de R\$ 7.515,42.

Salienta que há um equívoco na ação fiscal desenvolvida pela autuante, tendo em vista os desencontros das informações e dos fatos apresentados, conforme se verifica dissecando-se a narrativa da infração e a apuração apresentada na autuação.

Observa que a acusação fiscal descreve “*Operação realizada sem emissão de documento fiscal ...*”, restando evidente que não houve omissões de saídas de mercadorias. Acrescenta que não houve operações realizadas sem a emissão de documentos fiscais, conforme a acusação fiscal, haja vista que todos os cálculos e demonstrativos levantados pela autuante tiveram por base as notas fiscais de saídas emitidas pela empresa, conforme se verifica, a título de exemplo, as Notas Fiscais de nºs 000.000.190 a 000.000.199, emitidas pela empresa, lastreando os demonstrativos elaborados pela autuante.

Assevera que desse modo, não ocorreram operações realizadas sem emissão de documentos fiscais para dar suporte ao Auto de Infração em lide. Diz que em nenhum momento ou demonstrativo a autuante apurou omissões de saídas de mercadorias por quaisquer meios

admitidos pela legislação tributária.

Conclusivamente, sustenta que a descrição da infração não encontra correspondente na apuração fiscal e nos demonstrativos apresentados pela autuante e anexados ao Auto de Infração.

Prosseguindo, observa que a segunda parte da descrição da infração apresenta a seguinte complementação: *“OU com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal – que com este possa confundir-se e substituí-lo – em flagrante desrespeito às disposições da Legislação Tributária.*

Ressalta que não constitui infração uma empresa ter em seu poder e utilizá-lo para seus devidos fins, notas de pedidos e talonário de orçamento para atender às pesquisas de preços por parte de seus clientes e consumidores em geral.

Sustenta que a autuante não constatou a utilização desses formulários com emissão fraudulenta, ou seja, substituindo um documento fiscal. Diz que tanto é assim, que não os considerou em seus cálculos e demonstrativos apresentados.

Reitera que todos os cálculos e demonstrativos derivam exatamente das notas fiscais eletrônicas emitidas pela empresa, sendo certo que se todo o trabalho da autuante teve por base as notas fiscais emitidas pela empresa não se pode falar em omissões de saídas.

Aduz que apesar de a infração reportar-se à falta de emissão de documentos fiscais de saídas, ou seja, omissão de saídas, a autuante, incorretamente, apurou presumíveis falta de antecipação parcial e antecipação tributária, divergindo, portanto, do fato descrito na infração.

Alega que mesmo se fosse o caso de antecipação parcial ou tributária, restariam inválidos seus demonstrativos, considerando que eles contêm erros insanáveis, haja vista que os levantamentos tiveram por base as notas fiscais emitidas pela empresa por ocasião das vendas efetuadas, obedecendo à legislação fiscal vigente.

Menciona que outro ponto que denota um equívoco por parte da autuante é o fato de, além das notas fiscais utilizadas para o levantamento serem de emissão da própria empresa, ainda são notas fiscais internas, tendo como destinatários consumidores finais, não sendo, assim, compreensível a exigência de antecipação parcial, nem antecipação tributária sobre as mesmas.

Ressalta que realizou aquisições dentro e fora do Estado da Bahia, cujas notas fiscais encontram-se devidamente escrituradas e arquivadas em pastas próprias, e que foram apresentadas a autuante, motivo pelo qual fica incompreensível a utilização das notas fiscais de saídas para suportarem “presumíveis” falta de antecipação parcial e antecipação tributária. Diz que a única explicação, plausível, é de um equívoco.

Salienta que não se pode olvidar, ainda, mesmo que não apresentasse as notas fiscais relativas às suas aquisições, por certo que a autuante poderia solicitá-las junto ao banco de dados da Sefaz/BA, o que, segundo diz, não é o caso, haja vista que apresentou todas as suas notas fiscais de entradas, conforme xerocópias colacionadas.

No tocante ao enquadramento da infração e tipificação da penalidade, observa que a autuante fundamentou-as nos artigos 13, I, “k”, 34, VI-A, XV, 40, § 5º e 42, § 5º da Lei nº 7.014/96, sendo que todos estes dispositivos legais se referem à omissão; contudo, nenhuma omissão foi apurada ou comprovada.

Finaliza a peça defensiva, requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls.189 a 193). Diz que, relativamente às alegações defensivas, pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração, apresenta as seguintes considerações.

Diz que o autuado faz referência ao resumo apresentado na folha 05 do PAF e os demonstrativos constantes da mídia ótica na folha 07 do PAF. Esclarece que os cálculos foram efetuados tomando

como base o confronto entre os Documentos Fiscais registrados no Registro de Entradas e no Inventário Observa que os documentos não registrados no Registro de Entradas foram relacionados na mídia ótica, fl.10 do PAF. Afirma que desse modo, os demonstrativos de memória de cálculo, apresentados na mídia ótica, fl. 07, relacionam mercadorias vendidas sem as correspondentes entradas.

Acrescenta que, nesse caso, há presunção de vendas de produtos sem documentação fiscal, ou com a emissão de outro documento não fiscal, para justificar a operação.

Explica que o equívoco se deu em virtude de a memória de cálculo utilizar o previsto na Lei Complementar nº 123/2006, republicação em atendimento ao disposto no art. 5º da Lei Complementar nº 139/2011, cujo teor reproduz, quando o correto seria demonstrar a ocorrência de saídas de mercadorias sem que houvesse estoque ou aquisição capaz de justificar a operação, ficando evidenciada a aquisição de mercadoria sem Nota Fiscal de origem.

Acrescenta que tal fato justifica a exigência de ICMS, dessas operações, por força do regime do Simples Nacional, com o levantamento realizado com base nas Notas Fiscais eletrônicas, conforme dispõe a Lei Complementar nº 123/2006 na alínea “e”, do inciso XIII e no §1º do art.13, cuja redação reproduz. Salienta que no mesmo sentido dispõe o artigo 321, inciso V do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012, cujo texto também transcreve.

Finaliza a peça informativa, consignando que assume o equívoco na demonstração das memórias de cálculo e no lançamento do ICMS devido, para salvaguardar o interesse público, e espera dos membros deste egrégio CONSEF o julgamento pela nulidade do Auto de Infração e a possibilidade de refazimento dos roteiros para assegurar o que é devido em favor da Fazenda Pública Estadual.

## VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado cometeu a infração assim descrita no Auto de Infração: *Operação realizada sem emissão de documento fiscal OU com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal – que com este possa confundir-se e substituí-lo – em flagrante desrespeito às disposições da Legislação Tributária.*

Adicionalmente foi consignado o seguinte na descrição da conduta infracional imputada ao autuado: *Contribuinte adquiriu mercadorias sem documentos fiscais.*

Observo que o autuado alega que, muito embora a infração descreva “operação realizada sem emissão de documento fiscal OU emissão de outro documento não fiscal”, a autuante anexa ao Auto de Infração um demonstrativo de apuração de antecipação parcial e outro de antecipação tributária, conforme quadro que apresenta.

Vejo também que a própria autuante, na Informação Fiscal, reconheceu o equívoco cometido e opinou pela nulidade do Auto de Infração.

De fato, no presente caso, não há como dar prosseguimento a lide. É flagrante o equívoco incorrido pela autuante quando acusa a realização de operação pelo Contribuinte sem emissão de documento fiscal ou emissão de outro documento não fiscal. O próprio registro feito adicionalmente na descrição da conduta infracional permite constatar o equívoco incorrido quando diz que o autuado *adquiriu mercadorias sem documentos fiscais.*

Por certo que isso, por si só, já implica na nulidade do ato de lançamento em tela por inobservância do devido processo legal, e ofensa ao direito do Contribuinte à ampla defesa e ao contraditório.

Ocorre que, além disso, verifica-se que os elementos necessários e indispensáveis à formação do processo, no caso demonstrativos/planilhas não foram acostados aos autos, constando apenas um CD anexado a fl. 7, cujo conteúdo denominado *Demonstrativos da Informação Fiscal* traz dois

demonstrativos referentes à Antecipação Parcial e Antecipação tributária total.

Vale observar que, mesmo se a acusação fiscal estivesse descrita corretamente, ou seja, se a conduta infracional imputada ao Contribuinte estivesse em conformidade com os elementos - demonstrativos/planilhas - elaborados pela autuante, ainda assim haveria uma impropriedade no levantamento, haja vista que no demonstrativo de débito do Auto de Infração lançou-se como se fora uma única infração o somatório dos valores apurados referentes à Antecipação Parcial e Antecipação Total, quando devem ser lançados separadamente, pois se trata de infrações diversas.

Assim sendo, considerando que o lançamento de ofício em lide não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, implicando inclusive em cerceamento do direito de defesa do autuado, a infração é nula com fundamento no artigo 18, II, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Nos termos do artigo 21 do mesmo RPAF/BA/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de renovação dos atos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **192378.0001/17-8**, lavrado contra **RB MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EIRELI – EPP**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de renovação dos atos, a salvo de falhas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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.

Sala de Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

PAULO DANILO REIS PONTES - JULGADOR