

A. I. Nº - 277829.0022/10-1  
AUTUADO - STEMAC S/A GRUPOS GERADORES  
AUTUANTE - MAGDALA ROSA WOLNEY DE CARVALHO SCHMIDT  
ORIGEM - INFAZ ATACADO  
INTERNET - 25.07.2011

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0202-04/11

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NÃO EXIBIÇÃO À FISCALIZAÇÃO DOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. A situação não se enquadra entre aquelas em que o Regulamento do ICMS/BA autoriza a emissão de nota fiscal de entrada pelo próprio contribuinte que recebe as mercadorias. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS E / OU BENS. a) DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de um estabelecimento para outro do mesmo titular. Infração caracterizada. b) DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO DO ESTABELECIMENTO. Ilícito tributário não impugnado. Infração mantida. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. INFORMAÇÕES PRESTADAS ATRAVÉS DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A intimação, que não foi cumprida, requereu a apresentação dos arquivos com os registros 74. Infração caracterizada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O documento de arrecadação estadual juntado com a defesa está rasurado e não comprova qualquer pagamento relativo a fevereiro de 2007, o que se observa principalmente em face do extrato de pagamentos de 2007 colacionado aos autos. Infração caracterizada. b) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Os argumentos de impugnação não dizem respeito aos períodos autuados. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2011, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$ 238.046,43, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 01 – Utilização indevida de crédito, sem a apresentação do documento comprovante do direito. Refere-se a notas fiscais próprias, usadas para efetuar devoluções de mercadorias, cujos

documentos de entrada respectivos têm como remetentes contribuintes do imposto. Mesmo procedimento adotou – o autuado – em devoluções efetuadas para não contribuintes, não apresentando comprovantes. Valor lançado de R\$ 115.553,69 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Falta de recolhimento do tributo decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor lançado de R\$ 5.344,52 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Falta de recolhimento do tributo decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento. Valor lançado de R\$ 43.338,10 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – Falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas (intimação e listagem diagnóstico às fls. 19/20). Multa de R\$ 57.181,79, prevista no art. 42, XIII-A, “g” e “j” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, referente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades federativas, adquiridas com o objetivo de comercialização (maio de 2006 e fevereiro de 2007). Valor lançado de R\$ 5.372,13 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – Recolhimento a menor do imposto devido por antecipação parcial, referente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades federativas, adquiridas com o objetivo de comercialização (fevereiro de 2006 a outubro de 2007). Valor lançado de R\$ 11.256,20 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 1.467 a 1.487, através de advogado regularmente constituído, conforme procuração de fl. 4.191.

Descreve os ilícitos tributários de que é acusado e informa ser pessoa jurídica de direito privado, com atividade econômica concentrada na fabricação de aparelhos e equipamentos para geração de energia elétrica, basicamente grupos geradores a diesel ou a gás natural, carenados ou silenciados.

Preliminarmente, citando doutrina e dispositivo da Constituição Federal, alega que há falta de motivação do ato administrativo em exame, que não se fez acompanhar da descrição fática e da fundamentação, vício insanável que macula os seus direitos à ampla defesa e ao contraditório e que reclama a declaração de nulidade.

No mérito, defende-se apenas das acusações referentes à infração 01, parte da infração 02 (reconhece a falta de recolhimento do imposto concernente às notas fiscais relacionadas à fl. 1.173), infração 04 e parte das infrações 05 (sustenta que deve o ICMS com data de ocorrência de 31/05/2006, no valor de R\$ 2.225,45) e 06 (aceita a cobrança dos valores com as datas de ocorrências relacionadas à fl. 1.173).

Acata integralmente a terceira infração.

A seu ver, não merece subsistir a infração 01, pois a autoridade administrativa invoca como enquadramento legal os artigos 91, 92 e 124 do RICMS/97, referentes a operações acobertadas por documentos inidôneos, o que não ocorreu. As notas de devolução foram emitidas em observância à legislação que regula a matéria.

Registra que, para instalar os geradores, muitas vezes transporta peças e equipamentos em número maior do que o necessário, em face da imprevisibilidade da quantidade que será utilizada no local onde se situa o comprador. Após a instalação, as peças não usadas retornam ao seu estabelecimento, momento em que emite uma nota de entrada com os dados do remetente, que figurou como destinatário no documento fiscal de saída. Como não houve o recebimento do item

não utilizado pelo cliente, não há como o mesmo emitir uma nota fiscal de saída para acobertar o retorno.

Em seguida, ao tratar da infração 02, aduz, nas suas palavras, que “desconhece os valores e as operações informados no corpo do Auto de Infração (...), sendo que os valores e as operações informados no demonstrativo anexo ao Auto de Infração diferem dos valores informados no próprio Auto”.

Apesar disso, verifica que o que ocorreu no período autuado foi uma série de transferências entre matriz e filial, o que não constitui fato gerador do imposto em questão, a teor da Súmula 166 do STJ. Concorde que deve apenas o ICMS relativo às operações adquiridas de fornecedores diversos, discriminadas à fl. 1.178.

Quanto à infração 04, nega que tenha descumprido a obrigação acessória (documento 04), sendo que em todos os comprovantes de envio por meio de arquivo magnético consta o carimbo de recepção do SINTEGRA.

A intimação para correção se deu no dia 30/12/2010 e no dia 28/01/2001 (menos de 30 dias depois), enviou as informações retificadas, regularizando as inconsistências (documento 06), tudo de acordo com o art. 708-B, RICMS/97.

Relativamente à infração 05, sublinha que, através de documento de arrecadação estadual (DAE, documento 07), pagou quantia referente a fevereiro de 2007 em valor superior ao exigido no lançamento de ofício (R\$ 6.535,02 (2º parágrafo, fl. 1.180), enquanto o valor lançado concernente a este mês é de R\$ 3.146,68).

Por fim – com relação à sexta infração – elucida que o saldo resultante do tributo pago a maior no mês de fevereiro de 2007 (R\$ 3.400,00) foi utilizado para compensar o devido em maio do mesmo ano, sendo paga apenas a quantia destacada no DAE anexado (documento 08).

Registra que não adotou o procedimento correto para recuperar o valor pago a maior em fevereiro, mas que isso não trouxe prejuízo ao Estado. Reconhece como procedentes os montantes elencados na planilha de fl. 1.482.

Transcrevendo jurisprudência e ensinamentos doutrinários, mencionando práticas do Governo dos Estados Unidos da América e fundamentado no princípio da vedação ao confisco, entende que as multas são excessivas e inconstitucionais, em razão de que não devem subsistir ou devem ser reduzidas.

Protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos, inclusive diligências, e requer a nulidade ou a improcedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal, de fls. 1.711 a 1.516, a autuante inicia sintetizando as acusações e as razões defensivas, após o que conclui que existe uma intenção de protelar a satisfação do crédito público, pois o defendente demonstra não conhecer a legislação estadual e apresenta DAE adulterado.

No que se refere à infração 01, assevera que a metodologia da sociedade empresária foi escolhida em razão de seu próprio critério. Além de violar o art. 651, RICMS/97, não oferece qualquer segurança à Fazenda Estadual.

De acordo com o art. 5º, I, RICMS/97 (infração 02), as aquisições e remessas de outros estados de materiais destinados ao consumo do estabelecimento ensejam a incidência da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais. Os valores das operações informados no corpo do lançamento são condizentes com as cópias apensadas do livro Registro de Entradas e os demonstrativos foram separados por exercício, resultando no total de R\$ 4.005,07 em 2006 e R\$ 1.339,43 em 2007.

Quanto à falta de entrega dos arquivos magnéticos, relativa à infração 04, pondera que as correções contemplaram tão somente as operações interestaduais, não tendo sido registradas as

internas e as destinadas ou com origem no exterior, além de conterem inconsistências cujo teor não mencionou.

Referindo-se à infração 05, diz que a alegação do contribuinte quanto ao recolhimento não procede. O recurso não ingressou nos cofres públicos no que se refere ao mês de fevereiro de 2007, consoante documento de fl. 1.717. O que se pode observar é que houve, na verdade, uma alteração do documento onde se fez constar de forma manuscrita o citado mês, procedimento esse equivocado. A retificação de DAE deve ser solicitada a esta Secretaria e não pode a empresa, a seu critério, alterá-lo (art. 74, RPAF/99).

No que tange à infração 06, alega que as argumentações defensivas nada têm a ver com as omissões apuradas, referentes a fevereiro, abril, outubro e dezembro de 2006 e março, abril, julho e outubro de 2007.

Com referência às multas, estão capituladas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 1.719 a 1.722 foram juntados comprovantes de pagamento parcial.

### **VOTO**

Não merece amparo a preliminar de nulidade, fundamentada em uma suposta falta de motivação do ato administrativo, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Igualmente, não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos argumentos abordados nas peças de defesa e de informação fiscal.

Desse modo, fica rejeitada a preliminar de nulidade.

Os autos encontram-se devidamente instruídos. Não existem lacunas, contradições ou obscuridades das quais decorram a necessidade de qualquer esclarecimento técnico, em função de que indefiro o pleito de diligência.

As multas aplicadas (infrações 01, 02, 03, 05 e 06) encontram-se encartadas nos incisos e alíneas do art. 42 da Lei nº 7.014/96 especificados no início do Relatório. Não cabe a esta instância de julgamento administrativo apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal (arts. 158/159, RPAF/99), muito menos de declaração de inconstitucionalidade (art. 167, I, RPAF/99).

Concluo que não é o caso de reduzir ou cancelar a multa por descumprimento de obrigação acessória da infração 04 – caso esta se mostre procedente – pois não restou demonstrada com inequívoca clareza a presença dos requisitos do art. 158, RPAF/99.

A infração 03 foi expressamente acatada pelo autuado. Assim, com fundamento no art. 140, RPAF/99, a mesma não terá o mérito apreciado neste julgamento.

Infração mantida.

No mérito, a infração 01 diz respeito à utilização indevida de crédito, sem a apresentação do documento comprovante do direito. Refere-se a notas fiscais próprias, usadas para efetuar devoluções de mercadorias.

A situação narrada pelo impugnante não se enquadra entre aquelas em que o Regulamento do ICMS/BA autoriza a emissão de nota fiscal de entrada pelo próprio destinatário, conforme afirmou o mesmo que faz quando das devoluções.

Igualmente, soa irregular o fato de uma determinada pessoa jurídica figurar como destinatária em um documento fiscal e não lançar o mesmo em sua escrita. No caso de devolução de mercadorias ou bens adquiridos para uso, consumo ou ativo permanente, já tendo sido paga a diferença de

alíquotas, o valor correspondente deverá ser recuperado mediante lançamento no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos" do livro Registro de Apuração do ICMS, pelo valor nominal, com a observação "Diferença de alíquotas - mercadoria devolvida", a menos que o imposto relativo à diferença de alíquotas já tenha sido utilizado como crédito.

O art. 651 do RICMS/97 estatui que ao devolver mercadorias que tenham entrado no estabelecimento, a qualquer título, o contribuinte ou pessoa obrigada à emissão de nota fiscal emitirá este documento, com destaque do imposto, se for o caso, a fim de dar curso no trânsito, e para possibilitar a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento de origem, quando admitido, mencionando, nele, o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, conforme o caso, sobre o qual será calculado o imposto.

Essas são normas implementadas com o fim de conferir transparência e segurança às referidas operações de devolução, que de fato mais se assemelham a retornos. Sem a estrita observação das mesmas, em que pese as particularidades das atividades econômicas de cada contribuinte, não se pode revesti-las de legitimidade e legalidade.

Infração 01 caracterizada.

Quanto à infração 02, o art. 1º, IV, RICMS/97 prevê como fato gerador do tributo a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes.

De acordo com o art. 2º, I, RICMS/97, nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de um estabelecimento para outro do mesmo titular.

Registre-se que a Súmula número 166 do STJ, de 14/08/1996, publicada no Diário Oficial de Justiça no dia 23/08/1966, que não é vinculante, trata do simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Aqui não se trata de simples deslocamento, onde não existe a circulação jurídica. No caso, houve mudança de titularidade entre estabelecimentos localizados em estados distintos, ou seja, circulação física e jurídica do material.

Não tem pertinência a argumentação defensiva que aponta inconsistência ou inexistência dos valores que consubstanciaram o lançamento, pois os números do demonstrativo de fls. 60 a 64 refletem as informações das notas fiscais e das cópias do livro Registro de Entradas apensadas aos autos.

Infração 02 caracterizada.

Os documentos denominados pelo sujeito passivo de "protocolos de entrega das informações retificadoras do SINTEGRA dos anos de 2006 e 2007" (infração 04), juntados às fls. 1.677 a 1.701, não demonstram a efetiva regularização e o cumprimento do que foi determinado pela autoridade fiscal na intimação para entrega de informações em arquivos magnéticos.

A intimação de fl. 19, cuja listagem diagnóstico está à fl. 20, requereu a apresentação dos arquivos com os registros 74, o que não foi feito, pois o respectivo campo encontra-se com valor zero nos comprovantes de fls. 1.677 a 1.701.

Além do mais, os mencionados comprovantes de transmissão possuem uma série de registros com advertência, ou seja, com erros, em geral naqueles de número 50, o que se constata também nas primeiras transmissões (fls. 1.627 a 1.651).

Infração 04 caracterizada.

No que se refere às duas últimas infrações (falta de recolhimento e recolhimento a menor do imposto devido por antecipação parcial), observo que o documento de arrecadação estadual de fl. 1.403 está rasurado e não comprova qualquer pagamento relativo a fevereiro de 2007, o que se observa principalmente em face do extrato de fl. 1.717.

Os documentos fiscais não poderão conter emenda ou rasura e serão emitidos por decalque a carbono ou em papel carbonado ou autocopiativo, devendo ser preenchidos por meio de máquina ou manuscritos a tinta ou a lápis-tinta ou, ainda, por sistema eletrônico de processamento de dados, por processo mecanográfico ou datilográfico ou por equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), devendo os seus dizeres e indicações estar bem legíveis, em todas as vias (art. 212, RICMS/97).

Infração 05 caracterizada.

Os argumentos de impugnação concernentes à infração 06 não dizem respeito aos períodos autuados, em razão de que aplico o comando do art. 140, RPAF/99.

Infração 06 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologada as quantias já recolhidas.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **277829.0022/10-1**, lavrado contra **STEMAC S/A GRUPOS GERADORES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 180.864,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 57.181,79**, prevista no art. 42, XIII-A, “g” e “j” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2011.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR