

**A. I. N°.** - 232957.0001/12-7  
**AUTUADO** - MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS ANTÔNIO ALVES NUNES  
**ORIGEM** - INFRAZ SERRINHA  
**INTERNET** 06.12.2012

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0293-04/12**

**EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. ENTREGA FORA DO PRAZO. Ilícitos tributários não impugnados. Infrações 4 e 8 mantidas. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) IMPOSTO DESTACADO EM NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. A inidoneidade que caracteriza as notas fiscais com prazos de utilização expirados tem arrimo no art. 209, III do RICMS/1997. Não pode o contribuinte se valer de documentos eivados deste vício para o fim de uso de crédito. Modificação no enquadramento da multa. Infração 1 caracterizada. b) IMPOSTO NÃO DESTACADO EM NOTA FISCAL. O art. 96, XXVIII, RICMS/1997 efetivamente fornece direito ao crédito presumido. Todavia, desde que o mesmo seja informado no corpo do documento, nos moldes previstos no art. 392, o que não ocorreu no caso em análise. Infração 2 caracterizada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. Ao adquirir veículos, o contribuinte tem a obrigação de recolher a diferença de alíquotas e o direito de utilizar o crédito. Infração 3 caracterizada. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não é legítima a pretensão de cobrar tributo já recolhido, ainda que por outro contribuinte, por caracterizar violação à regra do “*ne bis in idem*”. Valores que não ensejaram crédito no estabelecimento que os recolheu. Infração 5 parcialmente elidida. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração 06 parcialmente elidida após revisão efetuada pelo autuante. 7. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor da entrada não escriturada. Infração 7 caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

## RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/03/2012 para exigir ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico total de R\$ 155.438,11, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 1 – Utilização indevida de crédito por intermédio de documentos falsos ou inidôneos. Valor de R\$ 2.367,60 e multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei 7.014/1996.

Infração 2 – Utilização indevida de crédito, referente a imposto não destacado em documentos fiscais. Valor de R\$ 4.545,01 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 3 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo imobilizado. Valor de R\$ 83.299,37 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

Infração 4 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo. Valor de R\$ 730,68 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

Infração 5 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/1997. Valor de R\$ 22.270,11 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996.

Infração 6 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, atinente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com o fim de comercialização. Valor de R\$ 8.153,24 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996.

Infração 7 – Entradas tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 32.692,10, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/1996.

Infração 8 – Fornecimento de arquivos magnéticos fora do prazo previsto na legislação, enviados via Internet através do programa “VALIDADOR SINTEGRA”. Multa de R\$ 1.380,00, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/1996.

O contribuinte ingressa com defesa às fls. 301/302, na qual sustenta que a multa proposta na infração 1 não é pertinente (art. 42, IV, “j”, Lei 7.014/1996), uma vez que não praticou ação fraudulenta, como provam as notas fiscais que acompanharam o trânsito das mercadorias, emitidas pela sociedade Nuna Indústria e Comércio de Carrocerias Ltda.

Com relação à infração 2, argumenta que o crédito não é indevido, porquanto amparado no art. 96, XXVIII, RICMS/1997 (remetentes industriais inscritos no Simples Nacional).

Apontando o art. 93, V, “a”, RICMS/1997, alega – no tocante à infração 03 – que as mercadorias às quais o autuante se refere “*são caminhões para integrar o ativo imobilizado da empresa e não efetuou o recolhimento por entender que o imposto a ser aproveitado é o imposto anteriormente cobrado, ou seja, aquele destacado na nota fiscal sem a necessidade de recolhimento da diferença (...)*”. Na sua concepção o legislador, ao se referir à diferença de alíquotas no citado dispositivo regulamentar, está apenas sendo zeloso, para que não haja prejuízo concernente àqueles que por qualquer razão tenham efetuado o respectivo pagamento (da diferença).

Por não ter agido com dolo, pede a dispensa da multa proposta nesta imputação.

Em seguida, assevera que os valores das infrações 5 e 6 são incorretos. Aquele, em virtude da desconsideração do pagamento realizado através do DAE (documento de arrecadação estadual) de 25/11/2009, na cifra de R\$ 3.073,81, relativo às notas 5.368, 6.707, 6.708 e 6.709, e este em função do recolhimento de R\$ 3.457,89, efetuado no dia 26/04/2010, concernente aos documentos fiscais de números 14.331, 2.366, 62.588, 22.587, 10.617, 893.514, 1.411, 193.702, 9.257, 170.573, 5.356, 962.239, 69.407 e 9.083.

Prossegue insurgindo-se contra a infração 7, pois nos seus dizeres “o valor descrito como mercadorias, foi na verdade, a aquisição de um caminhão adquirido da Scania Latim América Ltda e, 20.02.2009 através do Consórcio Nacional, Grupo 2039, Cota 254, Assembléia de Contemplação 02/09 para integrar o Ativo Imobilizado da empresa de acordo com o artigo 93 do Dec 6.284/97 e foi devidamente contabilizado todas as parcelas pagas do consórcio conforme xérox do Livro Razão aqui anexado. Esta mesma ação já foi cobrada pelo auditor fiscal Wellington Matos dos Santos no Auto de Infração 298938.1201/10-4 em 03.01.2011, com decisão do Consef do recolhimento do ICMS acrescido da multa de 60%, mais R\$ 5.921,06 por descumprimento de obrigação acessória”.

Encerra requerendo procedência parcial.

Na informação fiscal, de fls. 335 a 338, o autuante inicia assinalando que as infrações 04 e 08 foram reconhecidas.

Quanto à primeira, foi contestado apenas o percentual da multa, com o que não concorda, pois, ainda que as aquisições ocorram através de fornecedor legalmente estabelecido, se os documentos fiscais estiverem com o prazo de utilização esgotado fica caracterizada a inidoneidade (art. 209, “caput” e inciso III, RICMS/1997).

Refuta a tese de defesa da infração 02, de que os fabricantes seriam inscritos no Regime Simples Nacional, pontuando que o impugnante, a título de comprovação, juntou apenas uma consulta efetuada no sítio da Receita Federal do Brasil, relativa a tão- somente um dos remetentes, o que em nada contribui no sentido de esclarecer se efetivamente as mercadorias foram produzidas por indústrias revestidas de tais condições (inscritas no Simples Nacional).

Observa que em algumas situações constam dos documentos fiscais que as compras foram relativas a itens não produzidos nos respectivos vendedores, como, por exemplo, a mercadoria prego da nota 107, industrializado por Nuna Carrocerias (fl. 31), bem como a nota 1.038, cujo CFOP (código de operação) é 5.102 – venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (fl. 22). Salienta que Nuna Carrocerias tem como atividade o fabrico e o comércio de carrocerias, e que nos documentos emitidos por este contribuinte não foi consignado CFOP (001, 005, 618, 092, 093, 099 e 107).

Quanto à infração 03, entende que o autuado cometeu uma série de equívocos na defesa, pois na sua análise demonstrou desconhecimento acerca da legislação que rege o instituto da diferença de alíquotas (DIFAL). O art. 5º, I, RICMS/1997 contém hipótese de incidência da mesma, na qual está prevista a entrada de bens destinados ao uso e consumo ou ao ativo permanente. Por seu turno, o art. 93 se reporta ao direito de crédito. Ao adquirir veículos, o defendente tem a obrigação de recolher a DIFAL e o direito de utilizar o crédito, seja o da operação própria, à razão de 1/48 por mês, seja o da diferença propriamente dita. Diz que é evidente que o legislador não foi apenas cuidadoso, como asseverou o impugnante, uma vez que o direito de crédito envolve o ICMS anteriormente cobrado nas entradas de bens destinados ao ativo permanente e aquele pago (compulsoriamente) a título de diferença de alíquotas.

Com respeito à infração 05, informa que no DAE do pagamento efetuado no dia 25/11/2009 (código de receita 1145, R\$ 7.963,03) estão efetivamente designadas as notas 5.368, 6.707, 6.708 e 6.709. Entretanto, o recolhimento está vinculado à filial de inscrição estadual 43.782.277, localizada no município de Serrinha-BA.

Reconhece – relativamente à sexta infração – que houve o pagamento do imposto por antecipação parcial das aquisições registradas nas notas 14.331, 62.588, 22.587, 10.617, 893.514, 1.411, 193.702, 9.257, 170.573, 5.356, 962.239, 69.407 e 9.083 (nada comentou sobre o documento fiscal de número 2.366; o mesmo não foi computado entre aqueles constantes do demonstrativo de fls. 132/133).

Com as retificações efetuadas, o montante exigido foi reduzido de R\$ 8.153,24 para R\$ 5.498,81 (fl. 340).

Refuta a tese de impugnação da infração 07, afirmando que o termo “*entrada de mercadorias tributáveis*” não se aplica apenas àquelas relacionadas à compra e venda, mas efetivamente sujeitas ao campo de incidência do gravame estadual, a teor do art. 1º, § 4º, RICMS/1997.

Adiante, assinala que o defendente incorreu em outro equívoco ao dizer que a quantia ora lançada de ofício já o teria sido no Auto de Infração 298938.1201/10-4, julgado procedente em primeira instância (fl. 328, R\$ 5.291,06), visto que o que se cobra neste Auto, ora julgado, é a multa decorrente da falta de escrituração nos livros próprios de compra de veículo. Inclusive, os documentos fiscais, valores e datas de ocorrência que fundamentaram as duas autuações seriam distintos.

Assim, requer a declaração de procedência parcial, na cifra de R\$ 152.783,68.

Devidamente intimado (fl. 341), o sujeito passivo se manifesta às fls. 343/344.

Repete as alegações de defesa da infração 3 e de que a multa da primeira infração não é cabível, já expendidas na peça anterior, e, ao comentar a segunda, aduz que a Nuna Carrocerias lhe vendeu produtos de fabricação própria, a exemplo de aduelas, cancelas, alizares etc., conforme documentos que anexa às fls. 356 a 374. Sublinha que se houve revenda de poucos itens, “*que seja abatido e não desclassificar as demais mercadorias produzidas e amparada pelo crédito fiscal*”.

Diz que falta sensibilidade e bom senso ao autuante, porquanto o ICMS reclamado na infração 05 foi pago e ele mesmo reconhece tal fato. Se houve equívoco no número da inscrição, o Estado deveria corrigir, ao invés de punir.

Quanto à infração 7, registra que no Auto de Infração anterior (AI 298938.1201/10-4) foram cobrados o valor principal e a multa de “*diferença de ICMS*”, em razão de que esta última não pode ser novamente exigida relativamente ao mesmo ilícito.

Tendo recolhido através de parcelamento as quantias reconhecidas, pede a dispensa das penalidades propostas.

O autuante tomou conhecimento da manifestação (fl. 383), e às fls. 384 a 386 foram juntados comprovantes de pagamento parcial.

## VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento administrativo foram devidamente observados, uma vez que o auditor expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, apontando os documentos e demonstrativos, bem como seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Nada existe que possa macular o lançamento de ofício de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros 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 aspectos abordados na impugnação e na manifestação.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), reputo desnecessária qualquer diligência e decido que são suficientes para a formação da convicção dos julgadores os elementos contidos nos autos.

Nos termos dos artigos 158/159 do citado Diploma Regulamentar Processual, esta Junta não possui competência para apreciar pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal. Não restaram irrefutavelmente demonstrados os requisitos do art. 158, em razão de que indefiro o pleito de redução ou cancelamento das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias.

As infrações 4 e 8 não foram contestadas pelo autuado. Desse modo, com fundamento no art. 140, RPAF/1999, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

No mérito da infração 01, alegou o contribuinte que a multa de 100% não é cabível, por não ter agido com dolo ou intenção de fraude. Ocorre que a situação também se enquadra na previsão do art. 42, IV, “a” da Lei 7.014/1996, que estatui tal percentual na hipótese de operações realizadas com documentos inidôneos.

Seria descabido dizer que a fundamentação da decisão no inciso “a” inova na lide ou cerceia direito de defesa, pois cabe ao autuante apenas propor a penalidade, e ao Conselho fixá-la. Portanto, sou pela correção do fundamento de Lei da multa, no sentido de mudá-lo do inciso “j” para o “a” do art. 42, IV da Lei 7.014/1996, sem alteração no percentual.

A inidoneidade que caracteriza as notas fiscais com prazos de utilização expirados tem arrimo no art. 209, III do RICMS/1997. Não pode o contribuinte se valer de documentos eivados deste vício para o fim de uso de crédito.

Infração 01 caracterizada.

O sujeito passivo alegou que o crédito apontado como indevido na segunda infração possui amparo no art. 96, XXVIII, RICMS/1997, por serem os remetentes os próprios fabricantes dos produtos, inscritos no Regime Simples Nacional.

Ao analisar os elementos contidos nos autos, em especial os de fls. 19 a 32 e 356 a 374, estes últimos colacionados pela sociedade empresária para sustentar tal alegação, vejo que, com efeito, em alguns casos as compras foram de produtos industrializados pelos próprios vendedores, inscritos no Simples Nacional.

Observe-se que há notas nas quais o CFOP (código fiscal de operação) indicado, quando foi indicado, é o 5.101.

Entretanto, é necessário verificar, tão somente nessas específicas notas, se houve observância aos requisitos dos arts. 96, XVIII e 392, II do RICMS/1997.

O art. 96, XXVIII efetivamente fornece direito ao crédito presumido em tal situação. Todavia, desde que o mesmo seja informado no corpo do documento, nos moldes previstos no art. 392, o que não ocorreu no caso em análise.

*“Os documentos fiscais a serem utilizados pelos contribuintes optantes pelo Simples Nacional serão confeccionados com os campos destinados à base de cálculo do ICMS e ao valor do ICMS em fundo negativo, e contendo no campo destinado às Informações Complementares ou, em sua falta, no corpo da Nota Fiscal a expressão “PERMITE O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DE ICMS NO VALOR DE R\$ ...; CORRESPONDENTE À ALÍQUOTA DE ...%, NOS TERMOS DO ART. 23 DA LC 123/06” (art. 392, II).*

Assinale-se que relativamente aos documentos nos quais não foi consignado CFOP não se pode cogitar crédito, por ser impossível determinar a natureza da operação. Naqueles no qual o CFOP é 5.102 também não, já que tal código traduz operação de venda de mercadoria adquirida de terceiro. Por último, onde há o CFOP 5.101 seria legítimo conceder crédito caso obedecidos os sobreditos comandos regulamentares, o que não aconteceu. Por exemplo, anote-se que há designação de valores de imposto em algumas notas, mas com caligrafias nitidamente diferentes das originais (por exemplo, às fls. 21 a 23).

Infração 2 caracterizada.

Quanto à infração 3, as argumentações defensivas não merecem prosperar.

Consoante argumentou o autuante, de forma apropriada, o art. 5º, I, RICMS/1997 contém hipótese de incidência da DIFAL, na qual está prevista a entrada de bens destinados ao uso e consumo ou ao ativo permanente. O art. 93 se reporta ao direito de crédito. Ao adquirir os veículos em

ênfoque, o contribuinte tem a obrigação de recolher a diferença e o direito de utilizar o crédito, seja o da operação própria, à razão de 1/48 por mês, seja o da DIFAL.

Infração 3 caracterizada.

O defendente asseverou que a infração 5 procede apenas em parte, em razão da descon sideração, por parte do fisco, do pagamento realizado através do DAE (documento de arrecadação estadual) de 25/11/2009, na cifra de R\$ 3.073,81, relativo às notas 5.368, 6.707, 6.708 e 6.709 (fl. 320).

O auditor não concordou, pois, a seu ver, o valor do DAE não pode ser deduzido da exigência por ter sido designada no mesmo outra inscrição estadual. Não lhe assiste razão. Com a devida vên ia, não é legítima a pretensão de cobrar tributo já recolhido, ainda que por outro contribuinte, por caracterizar violação ao princípio constitucional do “*ne bis in idem*”. Registre-se que o ICMS por antecipação tributária não ensejou direito a crédito no estabelecimento de inscrição estadual 043.782.277, responsável pelo recolhimento das operações indicadas à fl. 62.

Desse modo, a ocorrência de outubro de 2009 da infração 5 deve ser retirada, de maneira que a quantia respectiva seja modificada de R\$ 22.270,11 para R\$ 19.196,30.

Infração parcialmente elidida.

No que pertine à infração 6, o autuante reconheceu o pagamento do imposto por antecipação parcial das aquisições registradas nas notas 14.331, 62.588, 22.587, 10.617, 893.514, 1.411, 193.702, 9.257, 170.573, 5.356, 962.239, 69.407 e 9.083.

Com razão, nada comentou sobre a nota fiscal número 2.366, mencionada pelo autuado na defesa, principalmente porque a mesma não está entre as relacionadas no demonstrativo de fls. 132/133.

Acolho o levantamento de fls.339 a 340, elaborado pela fiscalização, de forma que o ICMS seja reduzido de R\$ 8.153,24 para R\$ 5.498,81.

Infração 06 parcialmente elidida.

O sujeito passivo insurgiu-se contra a infração 7 sob o argumento de que “*o valor descrito como mercadorias, foi na verdade, a aquisição de um caminhão adquirido da Scania Latim América Ltda (...). Esta mesma ação já foi cobrada pelo auditor fiscal Wellington Matos dos Santos no Auto de Infração 298938.1201/10-4 em 03.01.2011, com decisão do Consef do recolhimento do ICMS acrescido da multa de 60%, mais R\$ 5.921,06 por descumprimento de obrigação acessória*”.

O demonstrativo de apuração está à fl. 205 e o DANFE (documento auxiliar de nota fiscal eletrônica) à fl. 206. Constató que a aquisição ocorreu com destaque do tributo, sujeita, portanto, à sua incidência, e por isso reputo improcedente a alegação defensiva.

Não restou comprovada a pretendida relação entre a exigência do Auto de Infração 298938.1201/10-4 (fls. 324 a 328) e a presente. Não há, nos autos do processo em exame, qualquer prova de que a operação descrita no DANFE 52.944 (fls. 205/206) tenha feito parte do lançamento anteriormente efetuado.

Infração 7 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 149.709,87.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232957.0001/12-7**, lavrado contra **MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 115.637,77**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 113.270,17 e 100% sobre R\$ 2.367,60, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f”, VII, “a” e IV, “a”, da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das penalidades por

descumprimento de obrigações acessórias de **R\$34.072,10**, previstas no art. 42, incisos IX e XIII-A, “j”, da citada Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR