

**PROCESSO** - A. I. Nº 207105.0375/03-2  
**RECORRENTE** - GIBAHIA COMERCIAL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JFJ nº 0457-04/04  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ  
**INTERNET** - 01/04/2005

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0072-12/05

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Efetuada correção no cálculo do imposto, reduzindo o valor do débito tributário. Modificada parcialmente a Decisão recorrida. Tendo em vista que o recorrente comprovou a ocorrência de devolução de determinadas mercadorias. Indeferido o pedido de diligência. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão JFJ Nº 0457-04/04, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$68.215,37, em razão das seguintes infrações:

1. *“Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação”* – R\$63.827,06.
2. *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento”* – R\$3.162,21.
3. *“Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução”* – R\$1.226,18.

O autuado apresentou defesa e, em relação à infração 1, alegou que diversos produtos arrolados na autuação não estão sujeitos à antecipação tributária ou são isentos. Também diz que foram utilizadas MVAs equivocadas. Reconhece o débito de R\$19.673,93.

Na informação fiscal, a autuante exclui, da infração 1, os valores referentes a preservativos e corrige os débitos pertinentes a bombons. No que tange a suco de frutas, diz que está comprovado que o produto era em pó. Não acata as devoluções citadas pelo contribuinte, alegando que não foram apresentados os comprovantes de tais operações.

Em nova manifestação, o autuado acosta ao processo cópias de diversas notas fiscais que comprovam a aquisição de suco em pó, bem como documentos comprobatórios de devoluções.

A autuante, em nova manifestação, exclui da infração 1 os valores referentes às notas fiscais de suco de frutas em pó. Continua sem acatar as devoluções, dizendo que o autuado não apresentou cópia do CTCR, e que a cópia do livro Registro de Entradas do fornecedor não comprova a devolução. Acrescenta que há divergência na descrição e na quantidade dos produtos consignados na Nota Fiscal nº 765 em relação às Notas Fiscais nºs 37685, 37686 e 37687.

O autuado em nova manifestação, afirma que, em relação à infração 1, as mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 2620, 2621, 2623 e 765 foram devolvidas. Explica que as operações com chocolates têm um tratamento diferenciado, pois a mercadoria é perecível e a sua

comercialização em eventos como Páscoa e Natal são em volume elevado. Acrescenta que por exigência da Vigilância Sanitária as mercadorias sem condições de uso e impróprias para o consumo, fisicamente não retornam ao fornecedor, sendo incineradas. Diz, ainda, que a nota fiscal de devolução é emitida para fins fiscais e contábeis.

A autuante tomou ciência (fl. 163) da manifestação do autuado, porém não se manifestou.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC, para que fossem atendidas as seguintes solicitações: confirmasse a devolução das mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 2620, 2621, 2623 e 765; elaborasse novo demonstrativo de débito, após as retificações efetuadas.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC nº 0166/2004, tendo o diligenciador chegado à seguinte conclusão:

[...]

*b) No que se refere a infração 01, foi mantido os valores exigidos pela autuante, tendo em vista que a empresa tendo sido intimada a comprovar as devoluções relativo às notas fiscais nº 2620, 2621, 2623 e 765, não apresentou nada além do que já estava no processo, conforme explicado anteriormente.*

Ao se pronunciar nos autos sobre o resultado da diligência, o autuado contesta apenas os valores referentes aos itens 14 e 15 da infração 1, entendendo que o imposto devido deve ser reduzido para R\$966,65 e R\$1.364,00, respectivamente. Continua a alegar que a mercadoria constante nas Notas Fiscais de devolução nºs 37685, 37686 e 37687 trata-se da mesma adquirida através da Nota Fiscal nº 765. Afirma que o nome de comercialização junto ao consumidor é denominado de ovo de páscoa Almond Joy, enquanto o fornecedor utiliza a outra denominação para fins de IPI.

Quanto à Nota Fiscal nº 35935 de devolução de parte das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 2621, afirma que devolveu o produto “display ioio mix 10 wafer 8x12”.

Reclama que a fiscalização não considerou a contabilidade da empresa, entendendo que as exigências em questão não devem prosperar por serem arbitrárias e se basearem em presunção. Diz que a autuante não considerou os argumentos e documentos apresentados pelo impugnante.

Tece considerações sobre a aplicação da taxa SELIC, citando o CTN, bem como decisões de outros tribunais, entendendo que a sua utilização nas relações tributárias é inconstitucional. Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração.

A autuante tomou ciência à fl. 207 do Parecer do preposto da ASTEC, porém não se manifestou.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF Nº 0457-04/04, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, tendo o ilustre relator fundamentado a sua Decisão referente à infração 1 da seguinte forma:

*No que diz respeito à primeira infração, ou seja, o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, o autuado alegou que vários dos produtos que foram objeto de cobrança por parte da autuante, não estão sujeitos à antecipação tributária, são isentos, foram calculados com MVA's erradas, ou foram objeto de devolução.*

*Da análise dos elementos constitutivos do PAF, verifica-se que o autuado tem razão apenas em parte de suas alegações. Efetivamente a autuante havia incluído no seu levantamento o produto “preservativo” (isento de ICMS), bem como notas fiscais de suco de frutas em pó que não estão sujeitas à antecipação tributária.*

*No entanto, a autuante reconheceu tais equívocos e elaborou novo demonstrativo de débito para a infração em exame, às fls. 138 a 139, com o qual concordo, onde também efetuou correções na apuração do produto bombons (percentual de MVA).*

*Quanto às devoluções alegadas pelo sujeito passivo, relativas às Notas Fiscais nºs 2620, 2621, 2623 e 765, inicialmente devo ressaltar que mesmo que tivessem sido comprovadas, não haveria reflexo na presente exigência, uma vez que o imposto ora exigido deveria ter sido antecipado no momento da entrada da mercadoria neste Estado. Se comprovadas, serviria apenas para o autuado fazer uso do crédito fiscal destacado nos documentos fiscais de devolução, posteriormente.*

*Mesmo assim, através de diligência por fiscal estranho ao feito, tais devoluções não restaram totalmente comprovadas, haja vista a divergência de descrição e quantidade dos produtos entre a nota de entrada e as de devolução (nºs 37685, 37686 e 37687).*

*Portanto fica o valor da presente exigência reduzido para R\$52.877,85, de acordo com o demonstrativo às fls. 138 a 139 e ratificado pelo fiscal diligente às fl. 177 até o item 12.*

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde ratifica os termos das contra-razões ao Parecer ASTEC Nº 0166/2004, pois entende que está comprovada a devolução das mercadorias consignadas na Nota Fiscal de aquisição nº 765 pelas Notas Fiscais de saída nºs 37685 e 37686, bem como considera provada a devolução de parte das mercadorias relacionadas na Nota Fiscal de aquisição nº 2621 pela Nota Fiscal de saída nº 35935. Frisa que, na Decisão recorrida, não foi considerada a devolução de mercadoria comprovada pela cópia do livro Registro de Entradas do fornecedor. Em seguida, passa a comentar cada uma das operações de devolução, conforme passo a relatar.

Quanto à alegada devolução das aquisições consignadas na Nota Fiscal nº 765 feita pelas Notas Fiscais nºs 37685 e 37686, explica que o produto “*Almond Joy 150G e 49G, Posição nºs 04151 e 00329*” descrito nas notas fiscais de devolução é o mesmo “*choc. ao leite rech. com coco, Posição nºs 04151 e 00329, Classificação Fiscal nºs 1806.31.20 e 1806.90.00*” consignado na nota fiscal de aquisição. Aduz que o preço de aquisição da referida mercadoria está de acordo com o constante na nota fiscal de devolução, conforme tabelas que apresenta à fl. 237. Diz que a diferença de preço considerada pela fiscalização foi decorrente do fato de que, equivocadamente, na diligência o desconto foi considerado como sendo de 18%, ao passo que o correto seria 48%. Ressalta que, se algum imposto for devido, o tributo deverá incidir apenas sobre a parte que não foi devolvida.

Relativamente à citada devolução parcial da aquisição consignada na Nota Fiscal nº 2621 feita pela Nota Fiscal nº 35935, o recorrente diz que tal devolução está comprovada pelas cópias das respectivas notas fiscais acostadas ao processo.

Assevera que “*a exigência fiscal descrita nos itens 14 e 15 da infração 1, nos valores de R\$33.185,32 e R\$2.770,92, na realidade são improcedentes, pois os únicos valores devidos correspondem a exatamente R\$ 966,65 e R\$ 1.364,00*”.

Prosseguindo em suas alegações, o recorrente discorre sobre a taxa SELIC, citando farta doutrina e jurisprudência. Diz que a utilização da referida taxa nas relações tributárias é inconstitucional e, em seguida, afirma que o órgão julgador administrativo deve apreciar a inconstitucionalidade da norma tributária. Aduz que havendo dúvida quanto ao sentido da norma, a interpretação deverá ser favorável ao acusado, nos termos do art. 112 do CTN.

Ao finalizar, solicita a reforma da Decisão recorrida, para que o Auto de Infração seja julgado Improcedente, com a exclusão da taxa SELIC. Requer que a norma tributária, em caso de dúvida, seja interpretada de forma mais favorável ao acusado. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive de perícia e diligência.

Ao se pronunciar nos autos, a PGE/PROFIS afirma que o recorrente não apresenta nenhum argumento ou documento capaz de descaracterizar o acerto do procedimento fiscal. Diz que a infração objeto do Recurso Voluntário está devidamente tipificada, fundamentada na legislação

tributária vigente e comprovada mediante exame dos livros, documentos e demonstrativos fiscais. Aduz que o lançamento em questão foi submetido à revisão fiscal e, até o momento, o contribuinte não comprovou a efetiva devolução das mercadorias. Frisa que há divergências de descrição e de quantidade dos produtos entre as notas fiscais de entradas e de devolução das mercadorias.

Ressalta que a aplicação da taxa SELIC está amparada na legislação tributária estadual vigente, não cabendo ao CONSEF apreciar questões que envolvam matéria de inconstitucionalidade, conforme previsto no art. 167 do RPAF/99. Ao finalizar, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

## VOTO

O Recurso Voluntário apresentado trata apenas de parte da infração 1, especificamente, da exigência fiscal referente aos meses de outubro e novembro de 2001, nos valores de, respectivamente, R\$33.185,32 e R\$2.770,92.

Quanto ao pedido de diligência ou perícia, indefiro a solicitação, pois considero os elementos constantes nos autos suficientes para o deslinde da questão. Além disso, a solicitação feita não traz a fundamentação da necessidade da realização da diligência ou perícia.

No Recurso Voluntário, o recorrente alega que a aquisição das mercadorias consignadas na Nota Fiscal nº 765 foram devolvidas ao remetente por meio das Notas Fiscais nºs 37685 e 37686, ao passo que uma parte das aquisições arroladas nas Notas Fiscais nº 2621 foi devolvida por meio da Nota Fiscal nº 35935. Para comprovar suas alegações, discorreu sobre o real preço unitário das mercadorias, bem como acostou ao processo fotocópias autenticadas das notas fiscais, do livro Registro de Entradas do remetente das mercadorias, declaração da empresa Amaral – Coleta de Lixo Comercial e Urbano Ltda., Comprovante de Coleta nº 150443, Nota Fiscal de Prestação de Serviços, Declaração da Hershey do Brasil Ltda.

Examinando a Nota Fiscal de Aquisição nº 765 e as Notas Fiscais de Devolução nºs 37685 e 37686, constato que os preços são os mesmos, pois a diferença que havia sido apurada pela fiscalização decorreu de erro no cálculo do desconto lançado nos documentos fiscais, conforme demonstrou o recorrente às fls. 237 e 238. Também observo que os códigos das mercadorias constantes nesses documentos são iguais. Dessa forma, apesar de haver divergência na descrição dos produtos, considero, com base nos códigos e nos preços, que se tratam das mesmas mercadorias, porém em quantidades diferentes.

Continuando a análise dos documentos apresentados pelo recorrente, considero que a fotocópia autenticada do livro Registro de Entradas do fabricante das mercadorias (fl. 108) é prova suficiente da efetiva devolução das mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nºs 37685 e 37686. Além disso, ressalto que as devoluções foram feitas com cláusula FOB e, portanto, os CTCRs solicitados pela autuante encontram-se em poder do destinatário das mercadorias devolvidas. Dessa forma, excluo da autuação os valores correspondentes às devoluções comprovadas, conforme o demonstrativo apresentado mais adiante.

Quanto às mercadorias incineradas, constantes na Nota Fiscal nº 37687, não há correspondência entre as adquiridas e as incineradas. Do mesmo modo, considero que a declaração da empresa Amaral – Coleta de Lixo Comercial e Urbano Ltda., o Comprovante de Coleta nº 150443 e a Nota Fiscal de Prestação de Serviços não comprovam a alegação recursal, pois elas especificam quais as mercadorias que foram coletadas. Portanto, mantenho o valor exigido em relação a esse documento fiscal.

O recorrente também alega que uma parte das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 2621 foi devolvida por meio da Nota Fiscal nº 35935. Contudo, examinando esses documentos fiscais acostados às fls. 204 e 205, verifico que entre eles não há correspondência na descrição das

mercadorias, nos códigos e nem nos preços. Dessa forma, mantenho a exigência relativamente a esse documento fiscal.

Em face do acima comentado, em relação à infração 1, apenas o débito referente ao mês de ocorrência de outubro de 2001 deve ser retificado. Utilizando a mesma metodologia empregada pela autuante às fls. 20 e 21, a apuração do imposto referente ao mês de outubro, após a exclusão de R\$171.082,93 (R\$527,78 + R\$171.275,15) correspondente às Notas Fiscais nºs 37686 e 37685 (fls. 202 e 203), fica da seguinte forma:

N. F.	B.C	CRÉD.	MVA	MERCAD	FRETE	CRÉD.	VALOR	ANT.	RECOLH.
1250	5.696,29	393,13	40	BOMBOM	--	--	5.696,29	962,59	--
1227	14.859,80	1.040,18	40	BOMBOM	--	--	14.859,80	2.496,45	--
22977	3.675,58	257,29	40	BOMBOM	--	--	3.675,58	617,50	--
765	19.973,07	1.398,11	40	BOMBOM	--	--	19.973,07	3.355,48	--
--	--	--	--	--	--	--	--	7.432,02	3.109,59

Conforme o demonstrativo acima, o débito referente ao mês de outubro de 2001, no valor original de R\$33.185,32, fica retificado para R\$4.322,43 (R\$7.432,02 – R\$3.109,59). Além disso, também é cabível a multa prevista no art. 42, inc. XXII, da Lei nº 7014/96, no valor de R\$50,00, uma vez que o recorrente agiu de forma irregular, ao deixar de comunicar à repartição fazendária de seu domicílio fiscal o procedimento adotado em relação às Notas Fiscais nºs 37686 e 37685.

Quanto à utilização da taxa SELIC na apuração dos acréscimos legais, ressalto que tal procedimento está previsto no art. 105 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), com a redação dada pela Lei nº 7.753/00. Assim, a utilização da taxa SELIC é legal e, apesar das alegações recursais, não cabe a este órgão julgador apreciar a questão da inconstitucionalidade da lei, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, retificando o débito tributário exigido na infração 1, referente ao mês de outubro de 2001, o qual passa de R\$33.185,32 para R\$4.322,43, mais multa no valor de R\$50,00.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207105.0375/03-2**, lavrado contra **GIBAHIA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$25.432,76**, sendo R\$3.066,92, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, “f” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$22.365,84, acrescido de idêntica multa e dos acréscimos legais, mais a multa no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII do já citado artigo e lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS