

**PROCESSO** - A. I. Nº 130080.0025/07-0  
**RECORRENTE** - ESTAÇÃO SHOES COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0117-03/08  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 19/09/2008

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0258-12/08

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CALÇADOS). FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação. Infração caracterizada. Reduzido o valor do débito de acordo com comprovação de devolução de parte da mercadoria antes da autuação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0117-03/08) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, onde se exige o ICMS no valor de R\$4.170,16, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, referente às aquisições de mercadorias (calçados) provenientes de outras Unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. (meses de junho a novembro de 2005 e janeiro, março e abril de 2006).

O autuado, através de advogado legalmente constituído (fl. 37) impugnou o lançamento fiscal (fls. 30/36). Afirmando ser empresa tradicional no ramo varejista e cumpridora de seus deveres, citou o art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, artigo 17 do RPAF/99, parte do artigo 4º do mesmo Regulamento, para argüir ter havido vício insanável no lançamento por cerceamento de seu direito de defesa, pois Auto de Infração não apresentava provas acerca da efetivação das omissões de recolhimento de ICMS. Transcrevendo Ementa do STJ (fl. 33) requereu a nulidade do lançamento de ofício.

No mérito afirmou ter havido devoluções de mercadorias, fato este que descaracterizava a existência de quaisquer saídas internas para justificar a incidência do imposto, “*vez que tais operações não importam na alienação, por parte do autuado, do domínio do referido bem ou sua transferência a qualquer título*”. Transcrevendo o inciso II do artigo 155 da Constituição da República, afirmou que a circulação de mercadorias de que trata referido dispositivo é apenas a jurídica, pressupondo a transferência de domínio. Neste sentido, transcreveu texto de obra do jurista Roque Antônio Carrazza. Como no caso em lide não houve transferência de domínio, já que as mercadorias foram devolvidas, não tendo havido a conclusão do contrato de compra e venda mercantil, não se poderia aventar a possibilidade de caracterização de fato gerador e, conseqüentemente, da incidência do ICMS. Neste sentido, afirmou não ser sujeito passivo por substituição. Anexou cópias de notas fiscais de devolução (fls. 38/40)

Concluiu pedindo a declaração de nulidade da autuação e, não sendo tal pedido atendido, a declaração de improcedência por não existir irregularidade em razão de não haver relação obrigacional tributária. Protestou pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, requerendo a juntada posterior de documentos em qualquer fase do processo.

A autuante prestou sua informação fiscal (fl. 47), ratificando o lançamento fiscal, porém entendendo que deveriam ser excluídas da autuação as mercadorias que, comprovadamente, foram devolvidas.

A relatora da 3ª JJF proferiu o seguinte voto:

*”Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo porque encontram-se no processo todos os seus pressupostos de validade, tendo sido identificados o autuado, o montante e os fatos geradores do débito exigido, tendo o contribuinte recebido o demonstrativo de fl. 06, no qual consta recibo de entrega tanto do levantamento fiscal quanto das notas fiscais que o lastreiam, documento este do qual o contribuinte anexa cópia à fl. 45, em anexo à sua impugnação, com o que prova ter sido garantido o seu direito ao exercício de ampla defesa.*

*No mérito, o Auto de Infração foi lavrado para a exigência do recolhimento de ICMS sobre mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária (calçados), adquirida para comercialização, procedente de outra Unidade da Federação. A mercadoria encontra-se enquadrada no regime de substituição tributária conforme item 41 do Anexo Único da Lei nº 7.014/96. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação.*

*O contribuinte alega ter havido a devolução das mercadorias objeto das aquisições, e anexa cópias de três notas fiscais de sua emissão às fls. 38 a 40, no corpo das quais consta a observação da devolução de mercadoria referente a notas fiscais, respectivamente: Nota fiscal nº 53, à fl. 38, menciona a devolução das mercadorias referentes à Nota Fiscal nº 4715 para a empresa Calçados Biondini LTDA; Nota Fiscal nº 52, à fl. 39, menciona devolução das mercadorias referentes à Nota Fiscal nº 4609 para a mesma empresa Biondini; Nota Fiscal nº 51, à fl. 40, cita devolução das mercadorias referentes à Nota fiscal nº 299752 para a empresa Calçados Jacob LTDA. Dos dados constantes nestes três documentos fiscais acostados aos autos pelo contribuinte, apenas as Notas Fiscais nºs 4709 e 299752 estão citadas no demonstrativo à fl. 06, com cópia à fl. 45, estando tais devoluções, referentes ao débito levantado para o mês de março/2006, comprovadas nos autos. Quanto às demais, o contribuinte não prova, neste processo, sua alegação defensiva. Tratando-se de documentos de devolução, são notas fiscais de sua emissão, por cuja guarda tem responsabilidade. Nos termos dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, a recusa em comprovar fato controverso com elemento de que necessariamente disponha importa em presunção de veracidade da imputação, vez que a simples negativa do cometimento da infração não exonera o contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, o que pode vir a ser realizado, tal como peticionado, em grau de Recurso.*

*Quanto à base de cálculo dos valores apurados, embora não contestada de forma objetiva pelo sujeito passivo, verifico que a autuante acostou ao PAF o demonstrativo de fl. 06, no qual está explicitada a forma de cálculo do imposto lançado, aplicando-se a alíquota de 17%, prevista no inciso I do artigo 50 do RICMS/BA, sobre o valor total das notas fiscais nos mesmos relacionadas, acrescido da Margem de Valor Adicionado - MVA de 35% prevista no item 34 do anexo 88 ao RICMS/BA, deste total tendo sido deduzido o ICMS referente à substituição tributária destacado nas notas fiscais de fls. 07 a 27 dos autos.*

*Nestes termos, excluindo-se, do demonstrativo de débito do Auto de Infração, à fl. 01 do processo, o débito no valor de R\$575,04, referente ao mês de março de 2006, cuja*

*improcedência está provada nos autos, consoante já relatado, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$3.595,12.”*

Tomando conhecimento da Decisão proferida pela 1ª Instância deste Colegiado (fls. 56/57), o contribuinte, inconformado, apresentou Recurso Voluntário (fls.62/67) reiterando todos os termos da sua defesa inicial, quanto ao mérito da autuação. Acrescentou neste Recurso Voluntário de que não poderia comprovar as devoluções das demais mercadorias já que o funcionário da empresa procedeu a estas devoluções imediatamente ao transportador, sem assinar os seus recebimentos, apenas apondo no verso das notas fiscais o motivo da devolução.

*Ex positis*, requereu a reforma da Decisão da 3ª JF para que esta 2ª Instância de julgamento decretasse a improcedência da ação fiscal.

A PGE/PROFIS em seu Parecer opinativo (fls.73/74), após citar e analisar os argumentos apresentados pelo recorrente em seu Recurso Voluntário, concluiu que a 1ª Instância deste Colegiado já havia solucionado todas as questões suscitadas pelo recorrente, inclusive as provas acostadas ao processo foram acatadas.

Afastou, ainda, a arguição de nulidade levantada já que não houve errada descrição e classificação das infrações, bem como, houve a correta aplicação da multa sob a infração cometida, já que se tratou de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Pelo exposto, entendeu que não deveria ser provido o Recurso Voluntário apresentado.

## **VOTO**

Volta o contribuinte a este Colegiado se insurgindo contra o Auto de Infração a si lavrado em razão da falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, referente às aquisições de mercadorias (calçados) provenientes de outras Unidades da Federação.

Quando da sua manifestação em foro de 1ª Instância deste Colegiado argüiu questão de nulidade do Auto de Infração que foi enfrentada acertadamente pela nobre relatora da 3ª JF. Assim, não merece reparo a Decisão proferida.

Quanto ao mérito, e como prova dos seus argumentos, o contribuinte trouxe aos autos três notas fiscais de devolução de mercadorias, referentes às notas fiscais autuadas, que foram, após análise, aceitas pela fiscal autuante. Em vista desta comprovação, a 3ª JF, após circunstanciar todas as determinações legais quanto à infração detectada, conforme transcrito no relatório deste Acórdão, acatou os argumentos de defesa, excluindo da autuação as mercadorias constantes das referidas notas fiscais de devolução, julgando, com precisão, o Auto de Infração Procedente em Parte.

Em seus argumentos recursais, o contribuinte trouxe fato novo. Desta vez afirmou que as mercadorias, indicadas nas demais notas fiscais autuadas, não adentraram em seu estabelecimento, sendo devolvidas ao próprio transportador, sendo nelas consignados os motivos da devolução.

Observo, inicialmente, que este fato não se caracteriza como devolução de mercadorias, quando deve ser emitida nota fiscal e sim retorno, ou seja, as mercadorias não adentraram no estabelecimento comercial. Não adentrando no estabelecimento, é necessária maior verificação, pois sendo retorno de mercadorias não recebidas elas não são escrituradas.

Em primeiro, não compete ao fisco estadual pesquisar este fato, mas sim obrigação do contribuinte provar suas operações comerciais. O pedido houve, as mercadorias circularam e se elas não adentraram no estabelecimento, cabe à empresa esta prova. Observo que em qualquer momento o recorrente discordou das transações comerciais realizadas através dos documentos fiscais autuados que, embora colhidos junto ao trânsito de mercadorias, foram entregues à empresa quando da autuação, conforme se comprova às fls.06 dos autos e não contestadas.

Em segundo, o art. 636, II, "a" e "b", do RICMS/97 determina que o Conhecimento de Transporte ou a nota fiscal originária poderão servir para acobertar as mercadorias devolvidas ou retornadas pelo adquirente. Em seu art. 654 indica todas as providências que o remetente deve tomar ao receber as mercadorias devolvidas, entre elas emitir nota fiscal de entrada e escriturá-la e conservar a primeira via da nota fiscal originária.

Assim, ao não trazer ao processo, por exemplo, cópias das notas fiscais de entradas, conforme determinações legais, cópia do livro Registro de Entradas dos seus fornecedores, ou mesmo, cópias das notas fiscais originárias onde conste a prova do retorno das mercadorias, o sujeito passivo não desconstituiu a infração apurada, não podendo arguir o desfazimento da operação comercial efetivada e, por consequência, a não existência do fato gerador do imposto ora guerreado.

No mais, e para corroborar a posição ora tomada, determina o RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99)

*“Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.*

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”*

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, pois restou caracterizada a infração no valor remanescente de R\$3.595,12, visto que os documentos acostados aos autos comprovam a acusação da falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, referente às aquisições de mercadorias (calçados) provenientes de outras Unidades da Federação.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 130080.0025/07-0, lavrado contra ESTAÇÃO SHOES COMÉRCIO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$3.595,12, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 1 de setembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS