

**A. I. N°** - 130080.0011/08-7  
**AUTUADO** - MWV FEITOSA MOTA  
**ATUANTE** - VIRGÍNIA MARIA ZANINI KERCKHOF  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 01.06.09

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO JJF N° 0143-04/09

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as Unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias será efetuado por antecipação. Excluídas do lançamento, as quantias já recolhidas antes de iniciado o procedimento fiscal, bem como, as operações que, comprovadamente, foram objeto de devolução. Infração elidida parcialmente. Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, em razão de o autuado ter deixado de efetuar o recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias relacionadas no Anexo 88 RICMS/BA, provenientes de outras unidades da Federação. Valor R\$ 20.797,70, acrescido da multa de 60%.

O autuado defendeu-se (fls. 106 a 116) informando inicialmente que o auto de infração teve origem no pedido de baixa de inscrição, formulado pela própria empresa e diz em preliminar que deve ser nulo porque em ofensa ao art. 5º, CF/88 ao preconizar o princípio da legalidade.

Alega que após verificação nas planilhas fiscais foram detectados alguns erros sinteticamente que a seguir enumeramos:

- 1) Abril 04 – questiona a planilha fiscal ICMS a recolher de R\$ 1.787,94. Diz o autuado que as notas fiscais n<sup>os</sup> 16039 e 549075 foram lançadas no mês de abril e o DAE foi pago no dia 15/09/2004 no valor total de R\$ 743,40, devendo o mesmo ser abatido do imposto a recolher. Diz que posteriormente juntará o DAE; que também não localizou o DAE referente ao pagamento da nota fiscal 100440 no valor de R\$ 1.044,77.
- 2) Junho 04 – afirma também que não consegue comprovar o pagamento e pede juntada posterior dos comprovantes; em julho e setembro a alegação é a mesma, protestando pela juntada posterior do comprovante dos pagamentos.
- 3) Agosto 04, diz que a nf n° 622479 foi paga conforme comprova a cópia do DAE em anexo, no valor total de R\$ 5.362,96 pago em 11/10/2004, no qual está incluso o valor do ICMS desta Nota Fiscal, em destaque de amarelo.
- 4) Novembro 2004, assevera que a exigência é de R\$ 2.009,02, relativamente às notas fiscais n<sup>os</sup> 304683 e 3047094, mas que foram devolvidas para a fábrica. A planilha apresentada pela Ilustre Fiscal neste mês detectou como devido por este impugnante a quantia de R\$ 1.454,04, porém as

NF's foram devolvidas para a fábrica. Completa que provam as devoluções a declaração em anexo, por tal razão não é devido o pagamento do imposto correspondente a tais notas nos valores de R\$ 554,98 e 1.454,04.

5) Dezembro 04 – aduz que do valor exigido R\$ 1.050,09, a nota fiscal nº 308313, com valor de ICMS de R\$ 727, 22, não existe, porque registrada com o número errado, sendo correto o nº 308316 e cujas mercadorias foram devolvidas ao fabricante WEST COAST. Não foi localizado o DAE relativo a outra nota fiscal 169829, no valor de R\$ 322,86.

Reconhece, portanto, para o exercício de 2004, o valor global de R\$ 3.188,29, conforme abaixo:

ANO 2004	
MÊS	DÉBITO
ABRIL	R\$ 1.044,77
JUNHO	R\$ 940,40
JULHO	R\$ 280,79
AGOSTO	R\$ -
SETEMBRO	R\$ 599,47
NOVEMBRO	R\$ -
DEZEMBRO	R\$ 322,86
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 3.188,29</b>

6) Janeiro 05 – diz que a exigência é de R\$ 177,08, referente à nota fiscal nº 93795, mas que também foi devolvida, conforme declaração que anexa;

7) Fevereiro de 05, também não conseguiu localizar o DAE referente ao pagamento do referido imposto no valor de R\$ 132,14.

8) Junho de 05, alega com relação ao débito de R\$ 95,41, referente à nota fiscal nº 000986, que a mesma foi devolvida em 28/06/05, no ato da entrega, porque tais mercadorias não foram objeto de pedido do impugnante.

9) Julho 05 – repete o mesmo argumento da devolução das notas fiscais nºs 70462 e 71198; o valor de R\$ 295,31 não é cabível. Em outubro 05, argumenta também devolução da nota fiscal nº 137492 e o valor de R\$ 99,46, igualmente é incabível.

10) Dezembro 05 – diz que houve devolução da nota fiscal 145975, devendo ser abatido o valor de R\$ 78,61; para a nota fiscal nº 969299, não foi encontrado o DAE respectivo, no valor de R\$ 160,03.

Reconhece, assim, para o exercício de 2005, os valores de R\$ 132,14 e de R\$ 160,03, referente aos meses de fevereiro e dezembro, respectivamente:

11) Em abril de 2006, admite não ter encontrado os DAES respectivos; em maio, das notas fiscais reclamadas nºs 69019, 201032, 02103, 09773, 206665, 114625, 47533, 00235, 53638 e 158482, totalizando exigência de R\$ 4.056,47, diz que a nota fiscal 206665 foi devolvida com suas mercadorias ao fabricante, conforme declaração de devolução emitida pela própria fábrica em anexo. Deve então ser abatida no valor dito como devido a quantia de R\$ 464,23; não sendo localizado os demais DAES referentes ao pagamento dos referidos impostos que somam o valor de R\$ 3.592,24

12) Em junho de 06 – diz que pela planilha elaborada pela fiscalização, exige-se ICMS no valor de R\$ 3.702,08, referente a diversas notas fiscais. Dessas, as notas nºs 715597, 76717, 74394, 31948 e 76527, foram devolvidas aos fabricantes, no ato da entrega, devendo ser abatida a quantia de R\$ 483,47. O pagamento das notas fiscais nºs 221804 e 221792, feito em 25/09/06, conforme comprova DAE que anexa, devendo ser abatido o valor de R\$ 519,81. Afirma ainda que não localizou o pagamento das demais notas fiscais que somam o valor de R\$ 2.698,82.

13) Em julho 06 – alega que devolveu a nota fiscal nº 200637, por tal razão não é devido o pagamento de ICMS exigido de R\$ 87,65;

14) Em setembro, outubro, novembro e dezembro 06, admite não ter localizado os DAES relativos aos pagamentos respectivos nos valores de R\$ 637,83; R\$ 701,60; R\$ 1.306,09 e R\$ 671,38.

Reconhece, assim, para o exercício de 2006, os valores abaixo discriminados:

ANO	2006
MÊS	DÉBITO
ABRIL	R\$ 1.852,23
MAIO	R\$ 3.592,24
JUNHO	R\$ 2.698,82
JULHO	R\$ -
SETEMBRO	R\$ 637,83
OUTUBRO	R\$ 701,60
NOVEMBRO	R\$ 1.306,09
DEZEMBRO	R\$ 671,38
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 11.460,19</b>

Reconhece como devido o total de R\$ 15.189,17, relativamente a todo o período fiscalizado.

Descreve ensinamentos de SAMUEL MONTEIRO e de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS sobre a materialidade do fato gerador, a obrigatoriedade do lançamento de ofício ser feito com base no artigo 142, do Código Tributário Nacional, CTN e que a pretensão fiscal deve observar igualmente o art. 112, também do CTN.

Reafirma que ficou plenamente demonstrado que o autuante, ao lavrar o Auto, cometeu diversos erros e irregularidades, certamente de forma involuntária, dada ao acúmulo de trabalho e a escassez de tempo para a prática e exame de toda farta documentação, mais que poderão causar prejuízos à empresa impugnante, calculando imposto em notas de “acessórios” ou repetição da mesma nota fiscal, irregularidades estas que podem e devem ser reparadas por esta Egrégia Turma Julgadora do Conselho Fiscal de Contribuintes do Estado da Bahia.

Finaliza requerendo a improcedência do auto de infração; alternativamente, que sejam abatidos os valores das notas fiscais devolvidas, os pagamentos efetuados; realização de diligência ou perícia, além de juntada posterior de provas.

A autuante apresentou informação fiscal à fl. 173, reiterando a falta de registro no livro Registro de Entrada de mercadorias de diversas notas fiscais (calçados) relacionadas no CFAMT e sem recolhimento da antecipação tributária,

Diz que o autuado juntou em sua defesa cópia de DAES, cópia de declarações de fornecedores registrando devolução de mercadorias; em sua defesa apresenta ainda planilhas com valores que não comprovou.

#### VOTO

O Auto de Infração exige ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente a aquisição de mercadorias (calçados) provenientes de outras unidades da federação relacionadas no Anexo 88, RICMS/BA.

Antes, cabe apreciar as questões preliminares invocadas pelo sujeito passivo.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob argumento de ofensa ao art. 5º, CF/88, que preconiza o princípio da legalidade. O presente auto de infração não infringe qualquer dispositivo legal tendo em vista que os artigos que serviam de base para enquadramento da infração em tela estão fundamentados na Lei nº 7.014/96 que institui o ICMS no Estado da Bahia. Quanto à interpretação mais favorável ao contribuinte, prevista no artigo 112, CTN, como o próprio conteúdo da norma recomenda, ao definir infrações ou cominar penalidade, interpreta-se, existindo dúvida, a favor do sujeito passivo. Portanto, a regra a ser observada é na existência da dúvida, o que não parece ser o caso em questão.

Com relação ao art. 142, CTN. Observo que além dos requisitos formais para a lavratura do auto de infração, na constituição do crédito tributário, deve a autoridade fiscal se pautar também pelos requisitos formais do art. 142, CTN, quais sejam: o fato gerador, a matéria tributável, o valor do tributo, o sujeito passivo e a penalidade cabível; o presente processo foi lavrado com observação de todos os requisitos, permitindo, pelo lançamento de ofício, o nascimento da obrigação tributária e possibilitando, ao mesmo tempo, a impugnação do lançamento por parte do autuado. Portanto, os elementos constantes do processo demonstram a motivação da autuação. Devendo ser rechaçado o pedido de nulidade, ainda porque não encontra amparo nas situações previstas do art. 18 do RPAF/BA.

Por fim, indefiro o pedido de realização de diligência ou perícia, tendo em vista que a primeira deve ser realizada para dirimir dúvidas entre a acusação e defesa e a segunda para emissão de parecer por profissional qualificado, o que é desnecessário na situação presente, nos termos dos art. 147, I, “a”, do RPAF/BA, tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide.

Afastadas as alegações formais, adentremos as questões substanciais e de mérito.

O autuado reconheceu parte das infrações; contestou outra parcela, sob argumento de que houve pagamentos ou devolução de diversas notas fiscais não observados pela fiscalização, discutindo cada período da autuação e construindo planilhas por exercícios de apuração, no sentido de fazer valer suas razões; a autuante, por sua vez, limitou-se a afirmar que o autuado juntou documentos e planilhas com valores que não comprovou.

Examinando as peças que compõem o processo verifico, antes, que a exigência tem fundamento no art. 371, RICMS/BA ao prescrever que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária (calçados, no presente caso) não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS será devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, no prazo previsto no art. 125, II, “b”, RICMS/BA.

Dos documentos trazidos aos autos assiste direito ao sujeito passivo no que se refere ao pagamento de parcela da exigência de abril 04, relativamente às notas fiscais 14728 e 51329, cujo DAE (R\$ 743,17) comprovando a quitação está anexado à fl. 128; assim é também a nota fiscal 622479, de agosto 04, cujo valor de R\$ 76,72 relativo ao ICMS ST calçados exigido deve ser excluído (fl. 130).

Também acato o pagamento do imposto relativo às notas fiscais 221792 e 221804, conforme constam de cópia do DAE, anexo à fl. 166, excluindo do demonstrativo fiscal os valores de R\$ 239,92 e R\$ 279,89 respectivamente.

Com relação às alegações defensivas acerca das mercadorias devolvidas, o sujeito passivo apresenta diversas declarações efetuadas por fornecedores informando o recebimento de notas fiscais recebidas em devolução (fls. 132, 133, 137, 140, 148, 151). De início, cabe ressaltar que tais declarações são insuficientes para atestar a efetiva devolução das mercadorias com poder de ser um óbice ao recolhimento da antecipação tributária. O art. 123, CTN ensina que as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

No caso específico da nota fiscal 206.665, de KIUTY, maio 06 (fls. 153/158), o processo de devolução das mercadorias encontra-se melhor formalizado, uma vez que o remetente emitiu nota fiscal de entrada dos produtos, nos termos da legislação vertente, registrou em seu livro de Entrada de Mercadorias, além do conhecimento de transporte da PATRUS (187495) comprovando o retorno da mercadoria. Na hipótese, razoável acatar a exclusão da exigência do respectivo imposto por antecipação no valor de R\$ 464,23. Semelhante situação, a nota fiscal 715597 (fl. 160), constante do demonstrativo de junho 06, exige ICMS no valor de R\$ 67,71, no entanto, o documento

fiscal do retorno da mercadoria ao estabelecimento remetente foi anexado aos autos, fl. 161, comprovando o desfazimento do negócio e igualmente razoável a exclusão do ICMS constante no auto de infração.

Posto isso, considerando-se as exclusões procedidas supra referidas, o valor do débito remanescente tem a seguinte composição:

MÊS/ANO	DÉBITO (1)	EXCLUÍDO	DÉBITO (2)
ABRIL/04	R\$ 1.787,94	R\$ 743,17	R\$ 1.044,77
AGO/04	R\$ 76,72	R\$ 76,72	-
MAIO/06	R\$ 4.056,47	R\$ 464,23	R\$ 3.592,24
JUN/06	R\$ 3.702,08	R\$ 587,52	R\$ 3.114,56
OUTROS	R\$ 11.174,49	-	R\$ 11.174,49
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 20.797,70</b>	<b>R\$ 1.871,64</b>	<b>R\$ 18.926,06</b>

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### 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 **130080.0011/08-7**, lavrado contra **MWV FEITOSA MOTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.926,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR