

A. I. N° - 110526.0007/09-1  
AUTUADO - BARÃO COMÉRCIO E SERVICOS DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA.  
AUTUANTE - ANTÔNIO ARAÚJO AGUIAR  
ORIGEM - IFMT DAT/METRO  
INTERNET - 04.12.09

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0411-04/09**

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM MERCADORIA DESTINADA A CONSUMIDOR FINAL. Restou comprovado que na data da lavratura do Auto de Infração ainda não tinha configurado a exigibilidade da diferença apontada que só seria devida na data da apuração do imposto pelo regime normal. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 20/01/09, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$3.588,30, acrescido da multa de 60%, em decorrência do destaque do imposto a menos em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota.

O autuado, em sua defesa à fl. 13, inicialmente discorre sobre a autuação e afirma que “posteriormente foi anulada através da nota fiscal de devolução de número 241, emitida em 27/01/09, pela destinatária já qualificada” com o mesmo valor da operação original, “provocando a anulação de venda, tendo em vista a não consumação da mesma”.

Afirma que estranha as alegações do autuante, tendo em vista não ter havido nenhuma irregularidade, conforme cópia da nota fiscal 3958 objeto da autuação e a 242 emitida pelo destinatário, fundamentando sua contestação, para tentar provar a improcedência da autuação.

O autuante na sua informação fiscal (fl. 33) esclarece que se trata de operação interestadual realizada por empresa inscrita no cadastro de contribuinte que apura ICMS pelo regime normal e destinada a empresa que exerce atividade de prestação de serviços de engenharia, construções e montagens, tendo ocorrido erro na aplicação da alíquota, fato não contestado pelo impugnante.

Afirma que a emissão de nota fiscal de devolução relativa a mercadoria recebida pelo destinatário, não tem o poder de desconstituir a nota fiscal anterior referente a operação já consumada.

Contesta que a operação de devolução provoca anulação da venda, ou seja, com anulação do crédito pelo débito fiscal, subsistindo a operação de venda no montante a ser apurado no conta corrente fiscal.

Além disso, pondera que os procedimentos administrativos de correção da operação já levaram em consideração o destaque a menor lançado na nota fiscal de venda, como consta no Auto de Infração no qual já foi deduzido o débito de R\$8.611,92 destacado no documento fiscal de origem, por isso entende que a operação não pode ser anulada, a não ser pela emissão da nota fiscal complementando o restante do crédito fiscal de 5%, que se declarado procedente deve compor a devolução.

**VOTO**

O Auto de Infração aponta como irregularidade o destaque do ICMS efetuado a menos em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota.

Na defesa apresentada o autuado alegou que não houve irregularidade na operação e que a mesma foi anulada mediante devolução de venda das mercadorias o que foi contestado pelo autuante.

Com relação à alegação de que a mercadoria objeto da autuação foi devolvida não pode ser acatada pelos motivos que passo a expor.

Conforme Termo de Apreensão e Ocorrências (fls. 4/5), no momento da ação fiscal iniciada no dia 20/01/09 foi apresentada à fiscalização no Posto Fiscal Honorato Viana localizado no KM 33 da BR 324 a nota fiscal 3958 emitida pelo recorrente, localizado no bairro da Calçada em Salvador, acobertando transporte de mercadorias destinadas a Engesique Engenharia, Construções e Montagens Ltda localizada no bairro da Vila Augusta em São Paulo. Já a nota fiscal de devolução 241, cuja cópia foi juntada à fl. 16 foi emitida em 27/01/09, ou seja, sete dias depois, sem que fosse comprovada efetivamente a circulação física de retorno da mercadoria, visto que a referida nota fiscal não identifica transportador, nem foi visada por postos fiscais do percurso da mercadoria (São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo ou Minas Gerais e Bahia). Logo, concluo que a simples apresentação da nota fiscal de devolução da mercadoria não comprova efetivamente um retorno da mercadoria ao estabelecimento autuado para caracterizar anulação da operação de venda.

Entretanto, verifico que na descrição da infração foi indicado “destaque a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota”, enquadrado no art. 219, IV, “f” e 50 e 51 do RICMS/BA.

O primeiro enquadramento (art. 219) indica que a nota fiscal deve conter no quadro de dados do produto a alíquota do ICMS. Embora não tenha sido indicada a alíquota aplicada na operação, o valor do imposto destacado de R\$8.611,92 corresponde ao percentual de 12% do valor da operação de R\$71.766,00 previsto para as operações interestaduais. A falta da indicação da alíquota ensejaria apenas a aplicação de uma multa por descumprimento de obrigação acessória, caso o imposto tivesse sido destacado e recolhido corretamente.

Já o segundo enquadramento (artigos 50 e 51), o primeiro artigo indicado refere-se às alíquotas aplicáveis nas operações internas e interestaduais e o segundo sobre as alíquotas diferenciadas que não são aplicáveis no primeiro. Logo, é compreensível a alegação defensiva de que não houve irregularidade, visto que aplicou alíquota prevista para operação interestadual e destacou ICMS correspondente na nota fiscal emitida.

Entendo que o autuante deveria ter indicado na descrição dos fatos que se tratava de operação interestadual enquadrada no art. 50, I, “b” relativo a operações e prestações em que os destinatários das mercadorias ou os tomadores dos serviços estejam localizados em outra unidade da Federação e não sejam contribuintes do imposto. Não tendo indicado o inciso e alínea no enquadramento (I, “b”), bem como não ter descrito o fato de se tratar de operação destinada a não contribuinte, dificultou o exercício de defesa do contribuinte o que poderia conduzir a nulidade do Auto de Infração.

Por outro lado, verifico que em se tratando de operação interestadual praticada por contribuinte inscrito no regime normal de apuração do imposto, mesmo que incida sobre a operação alíquota de 17%, por se tratar de operação interestadual destinada a não contribuinte do ICMS, o prazo normal do recolhimento do imposto é o dia 9 do mês subsequente ao da emissão do documento fiscal.

Portanto, estando a mercadoria acobertada por documento fiscal idôneo e tendo indicado na data da sua emissão (20/01/09) alíquota errada no documento fiscal, o mesmo poderia ser corrigido até a data da apuração e recolhimento do imposto mediante a emissão de documento fiscal complementar, só ficando caracterizada a irregularidade caso não fosse corrigido até o fim do

prazo regulamentar do vencimento do ICMS normal. Por isso, considero que na data em que foi exigido o ICMS mediante a lavratura do Auto de Infração, ainda não tinha sido configurada a infração, restando improcedente a exigência fiscal.

Ressalto que a autoridade fiscal, poderá renovar a ação fiscal, no sentido de verificar a efetividade da devolução da mercadoria ou se o contribuinte procedeu à correção da aplicação da alíquota da operação para adequar-se à prevista no RICMS/BA, como anteriormente apreciado.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110526.0007/09-1**, lavrado contra **BARÃO COMÉRCIO E SERVICOS DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR