

A. I. N ° - 028924.0078/08-4  
AUTUADO - LIBELHULA REP. E COM. DE COSMÉTICOS LTDA.  
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 05.05.2010

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0094-02/10

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 1. OPTANTE PELO SIMBAHIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. 2. OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Excluídos os valores das notas fiscais do CFAMT não juntadas aos autos lançadas indevidamente no levantamento fiscal, resultando na diminuição do débito Infração caracterizada parcialmente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CALÇADOS). FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** SIMBAHIA. **b)** OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Excluídas as notas fiscais que tiveram comprovados os pagamentos do imposto. Infração caracterizada parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/01/2009, lança o valor de R\$39.886,90, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, optante pelo SimBahia, decorrente das aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, sendo lançado o valor de R\$10.764,79, acrescido da multa de 50%.
2. Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, não optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições-Simples Nacional, decorrente das aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, sendo lançado o valor de R\$10.764,79, acrescido da multa de 50%.

3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de Microempresa, Empresa de Pequeno Porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o imposto no valor de R\$ 232,12, acrescido da multa de 50%.
4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o valor de R\$399,58, acrescido da multa de 50%.
5. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o valor de R\$248,63, acrescido da multa de 50%.

O autuado apresentou defesa, às fls. 109 e 110, alegando que não pode ser cobrada antecipação parcial de ICMS em relação às mercadorias que não adquiriu. Frisa que todas as supostas notas fiscais relacionadas nos demonstrativos apresentados pelo autuante com a sigla "CFAMT" nos valores respectivos de R\$52.867,15 em 2006 e de R\$124.222,80 em 2007 não foram anexadas aos autos e sequer consta nos demonstrativos a Razão Social e os números das inscrições estaduais e do CNPJ dos supostos vendedores, impossível assim de serem identificados, caracterizando-se o cerceamento de defesa ao contribuinte. Diz que o ônus da prova é de quem alega. Assinala que a validade e a eficácia do ato administrativo fiscal só existirão se estiver alicerçada em motivos reais, idôneos e a exigência do tributo neste caso baseou-se em fatos inexistentes.

Aduz que o direito ao esclarecimento antes da conclusão dos trabalhos, foi negado ao autuado, porque a intimação do lançamento foi feita pelo correio sob a alegação de que o mesmo recusou-se a assinar o auto de infração. Diz que a ação fiscal não respeitou o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Frisa que deseja o fisco cobrar antecipação parcial de ICMS sobre a Base de Cálculo de supostas notas fiscais elencadas em um demonstrativo não foi provado, assim como, não foram provadas as devoluções das mercadorias nos valores respectivos de R\$ 6.215,10 em 2006 e de R\$ 65.889,06 em 2007.

Frisa que deve ser apreciado o fato novo e ser revisto o lançamento fiscal conforme determina o Art. 149, Inc. VIII do CTN, que transcreve.

Ressalta que todas as notas fiscais anexadas aos autos foram entregues a fiscalização pelo autuado, comprovando a sua boa fé, mas que as mesmas não foram devolvidas na sua forma original e sim xerocadas, anexadas ao Auto de Infração com a afirmação: "negou-se a assinar o auto". Diz que tal entendimento foi equivocado, porque só veio tomar conhecimento do Auto de Infração através do correio em 23 de março de 2009.

Solicita que o cálculo do imposto seja refeito por um Auditor Fiscal estranho ao feito, haja vista, a necessidade de se abater os valores impertinentes aqui demonstrados, e que os quais correspondem a R\$5.286,71 relativo ao CFAMT/2006 não comprovado (10% de R\$52.867,15); R\$12.422,28 relativo ao CFAMT/2007 não comprovado (10% de R\$124.222,80); R\$621,51 relativo as devoluções de mercadorias não consideradas em 2006 (10% de R\$6.215,10) e R\$6.588,90 relativo as devoluções de mercadorias não consideradas em 2007 (10% de R\$65.889,06), perfazendo então, um valor total a ser deduzido de R\$ 24.919,40. Afirma que deve o lançamento do ICMS reclamado no auto de infração ser retificado para o valor de R\$ 14.967,50 (R\$ 39.886,90 - R\$ 24.919,40). Por questão de justiça.

O autuante presta informação fiscal, às fls 138 e 139, Dizendo que as Notas Fiscais de devolução nº001,002,003,e 004 não citam as notas fiscais de origem, como dete do RICMS/BA.Aduz que

tais devoluções estão datadas de 21/08/2006 e não houve apresentação pelo contribuinte de nenhuma nota fiscal anterior a outubro de 2006. Frisa que as duas notas fiscais de maio de 2006 estão citadas no CFAMT (meio eletrônico) e não foram apresentadas à fiscalização.

Salienta que a Nota Fiscal de devolução nº0005 de 27/12/2006 também não cita as notas fiscais de origem com o agravante de devolução de calçados e confecções para o fornecedor LUY 2005 Ind. de Roupas Ltda. - CNPJ 07.543.288/0001-90- porque não existe esta empresa como fornecedora de calçados e sim a Empresa Luiza Barcelos Calçados Ltda CNPJ 25.915.190/0001-06.

Frisa que as notas fiscais de devolução nºs 008, 009, 010, 013, e 014 não citam as notas fiscais de origem como recomenda o RCIMS/97. Informa que o autuado foi convidado por diversas vezes para assinar o Auto já concluso negando-se a fazê-lo, sendo comunicado através do Aviso de Recebimento do Correio no dia 23/03/2009 (fl. 101), por isso diz que não procede o citado na defesa nas fl. 109.

Aduz que acata a nota fiscal de devolução nº 0015, porque atende ao que exige o RICMS/BA, citando as notas fiscais de origem, apesar de apresentadas de maneira intempestiva pelo autuado, devendo abater o seu valor do total apurado, referente a nota fiscal nº 15 porque comprova que as mercadorias devolvidas foram anteriormente adquiridas através das Notas Fiscais de origem nº6572/73 - R\$ 760,00; 7046 - R\$380,00; 7251 - R\$ 760,00; 7461 - R\$ 380,00 e 7893 - 760,00, totalizando R\$3.040,00.

O autuado apresenta manifestação, pede que sejam consideradas as devoluções das mercadorias relativas às Notas Fiscais de nº 008, 009, 010, 013, 014, ignoradas pelo autuante quando do levantamento fiscal, dizendo que as mesmas não podem deixar de serem aceitas porque correspondem ao mesmo período considerado no Auto de Infração.

Justifica que as notas fiscais acima enumeradas deixaram de constar os números das Notas Fiscais de origem, em razão da grande diversificação ditas notas, porque se referem à devolução de mercadorias de várias Notas Fiscais de Entradas durante o período de 2007. Aduz que se coloca à disposição para numerar as notas fiscais de origem nas correspondentes notas fiscais de devolução caso seja necessário.

Ressalta a importância do pronunciamento do autuante quanto às Notas Fiscais citadas no levantamento fiscal tendo como fonte de informação o CFAMT, haja vista, não existir comprovação legal da existência das mesmas.

Conclui reiterando as razões de defesa.

O autuante apresenta informação fiscal à manifestação do autuado, argumentando que a empresa foi autuada por deixar de recolher, e, recolher a menos antecipação parcial durante os exercícios de 2006 e 2007 em compras adquiridas fora do Estado.

Aduz que foi reconhecido e acatado o valor de R\$ 3.040,00 por estar justificada a devolução e que nos casos da Notas Fiscais nº 008, 009, 010, 013, 014, encontram-se com irregularidades, que colocam em dúvidas a sua veracidade, porque apresentam o campo CFOP em branco, bem como o campo informações complementares sem justificar que se trata de mercadorias devolvidas

Conclui pedindo que o autuado diante das dúvidas, e do constatado nos exames das Notas fiscais, apresente as notas fiscais das empresas de origem das mercadorias adquiridas fora do Estado, bem como a declaração destas empresas confirmando a devolução das mercadorias.

O autuado apresenta segunda manifestação à fl.155, Dizendo que as notas fiscais nº 008 e 009 apresentam o campo CFOP em branco quando devia constar o nº 6202 (Devolução); nas notas fiscais nº 010, 013 e 014 consta a Natureza da Operação Devolução e o CFOP nº 6202 (Devolução) já indicando que se trata de mercadorias devolvidas, faltando apenas indicar as notas fiscais de origem no campo de Informações Complementares. Reitera o pedido para que sejam consideradas as devoluções das mercadorias relativas às mencionadas notas correspondem ao mesmo período considerado no Auto de Infração.

Os números das Notas Fiscais de origem deixaram de constar no corpo das notas fiscais de devolução, mas todas as notas fiscais de origem já foram apresentadas e entregues a fiscalização e estão anexadas aos autos, diz que as mesmas não foram devolvidas a ao autuado em sua forma original e sim xerocadas, anexadas ao auto de infração, conforme a Intimação datada de 18/11/2009, segue o solicitado na folha nº 148 do Auto de Infração, notas fiscais de origem ano 2006: 1829, 1830,2244,2245,2549,2737. Notas fiscais de origem ano 2007: 4313, 4314,4881,4882,4883, 4884, 5413,5414, 5415, 5666, 5782, 5783, 5947, 5948, 5949, 5950, 6189, 6572, 6573, 7050, 7051, 7256, 7251, 7252, 7460, 7461, 7462, 7789, 7790, 7893, 7894, 8552 e 8553. e que a declaração solicitada segue anexa.

Reitera o pedido de pronunciamento quanto às notas fiscais citadas no levantamento fiscal tendo como fonte de informação o CFAMT, haja vista, não existir comprovação legal da existência das mesmas.

O autuante apresenta nova informação à segunda manifestação do autuado, alegando que o autuado deixou de apresentar 105 Notas Fiscais quando foi solicitada no início do processo fiscal, lembrando que as Notas Fiscais de devolução foram preenchidas de maneira irregular, colocando o seu fornecedor em apuro fiscal. (fls 157).

Informa que o CFAMT é um instrumento de controle interno da SEFAZ, para se tomar conhecimento das Notas Fiscais de mercadorias adquiridas fora do estado, quando durante o processo fiscal as solicitações feitas a Empresa auditada não são apresentadas. Cita que isto deixa claro, que o autuado deixou de atender a solicitação quando foi iniciado o processo de Fiscalização. Aduz que a falta de conhecimento de alguns contribuintes os levam a pronunciamentos desta natureza.

Salienta que reiterando o seu pedido de impugnação da ação fiscal, o autuado apresenta declaração da Empresa Lny 2005 Indústria de Roupas Ltda. onde a mesma informa que as Notas Fiscais nº10, 13, 14 e 15 emitidas no exercício de 2007 foram Notas Fiscais de devolução de mercadorias, notas estas que apresentavam irregularidades no seu preenchimento (fls 157).

Frisa que ao se examinar as planilhas fiscais do processo (fls 115 a 118), não há apurações contábeis destas notas no exercício de 2007.

Conclui dizendo que o debito levantado e cobrado deve ser liquidado na forma da lei, com as correções e multa de praxe.

#### **VOTO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado para lançar crédito tributário decorrente da falta de recolhimento e do recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial e da falta de recolhimento do imposto por substituição tributária, resultando no cometimento de cinco infrações.

Examinando as peças processuais verifico que os demonstrativos de cálculos que embasaram a autuação tiveram como fundamento notas fiscais obtidas junto ao contribuinte, bem como em valores que segundo a informação fiscal à fl. 138, obtidos os seus dados por “meio eletrônico do CFAMT”. Não constam dos autos cópias dos documentos fiscais correspondentes. Por outro lado o sujeito passivo nega que tenha adquirido mercadorias através das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos apresentados pelo autuante com a sigla “CFAMT”, arguindo cerceamento de defesa, fl.109. Nas duas manifestações o contribuinte solicitou esclarecimento sobre as notas fiscais do CFAMT, limitando-se o autuante a esclarecer apenas que o referido sistema “é um instrumento de controle interno da SEFAZ, para tomar conhecimento das notas fiscais de mercadorias fora do estado.” Não constam dos autos qualquer recibo com declaração expressa do contribuinte de recebera cópias das notas fiscais do CFAMT relacionadas em seus demonstrativos. Como não foram juntadas aos autos para exame, bem como não foram entregues ao contribuinte para se defender, restou caracterizado o cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório argüido pelo sujeito passivo. Portanto os valores lançados a partir das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos do autuante com a sigla ( levantamento, conforme serão demonstrados mais à frente.

Observo que constam dos autos cópias das Notas fiscais nº s 008, 009, 010, 013, 014 e 015, de devoluções de diversas mercadorias, sem contudo, identificar a que notas fiscais daquelas incluídas nos demonstrativos que fundamentaram a autuação elas se referem para que possam ser excluídas da infração ou das infrações correspondentes. É necessário que se identifique o número, a data da emissão e o valor da operação do documento originário (art.219, § 15 do RICMS/97), a fim de se examinar se nos referidos documentos constam mercadorias que não poderiam fazer parte do lançamento tributário contextualizado no Auto de Infração. Saliento, contudo, que será excluído do demonstrativo do autuante o valor de R\$760,00, atinente à nota fiscal originária nº7893, referente a aquisição 08 biquines faixa básica, adquiridos no dia 03/10/2007, sendo devolvidos pelo contribuinte, através da nota fiscal nº0015, emitida no dia 26/10/2007, por ficar cabalmente demonstrado que referido documento fiscal de aquisição originária foi incluído na planilha, no mês de outubro de 2007, cujo valor será excluído da autuação.

Ressalto que à vista do disposto acima, serão corrigido no levantamento fiscal de antecipação parcial e total, os lançamentos atinentes a notas fiscais com a sigla CFAMT, sendo excluído em 2006, no mês de maio o valor de R\$297,03; em novembro, R\$ 750,94 (393,15 + 357,79). Sendo excluído em 2007, no mês de janeiro o valor de R\$283,00; em fevereiro, R\$787,17; em abril, R\$649,84; em maio, R\$222,18; em junho, R\$125,97; em agosto, R\$1.305,70; em setembro, R\$827,36; em outubro dos R\$7.356,00 da Nota Fiscal nº7893 que teve o valor de R\$760,00 devolvido, a base de cálculo tributável passou a ser a de  $R\$6.596,99 \times 17\% = R\$1.121,32-514,92$  (créd.) = a valor exigido R\$606,40, sendo excluído o imposto de R\$129,20 (735,60-606,40); neste mesmo mês foi excluído o valor de R\$2.665,16 do CFAMT; no mês de novembro, R\$2.270,76, e por derradeiro no mês de dezembro, R\$4.000,91.

Saliento que é devida à antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização.

Do mesmo modo é devido o pagamento 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar.

Portanto, após os ajustes, com as exclusões dos valores relativos às notas fiscais com a sigla CFAMT, bem como a de nº 0015 de devolução, o Auto de Infração ficou reduzido de R\$39.886,90, para R\$ 25.737,71, assim demonstrado:

Infração 01

Data Ocorr	Data Vencdo	Base de cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Historico
30/1/2007	9/2/2007	4.065,71	17,00	50	R\$ 691,17
31/3/2007	9/4/2007	11.091,06	17,00	50	R\$ 1.885,48
30/4/2007	9/5/2007	13.708,24	17,00	50	R\$ 2.330,40
31/5/2007	9/6/2007	13.716,48	17,00	50	R\$ 2.331,80
30/6/2007	9/7/2007	4.752,71	17,00	50	R\$ 807,96
Total					R\$ 8.046,81

Infração 02



Data Ocorr	Data Vencido	Base de cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Historico
31/8/2007	9/9/2007	16.227,06	17,00	50	R\$ 2.758,60
30/9/2007	9/10/2007	24.637,53	17,00	50	R\$ 4.188,38
31/10/2007	9/11/2007	11.437,48	17,00	50	R\$ 1.944,37
30/11/2007	9/12/2007	27.285,18	17,00	50	R\$ 4.638,48
31/12/2007	9/1/2008	20.663,89	17,00	50	R\$ 3.512,86
Total					R\$ 17.042,69

Infração 04

Data Ocorr	Data Vencido	Base de cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Historico
30/11/2006	9/12/2006	2.350,47	17,00	50	R\$ 399,58

Infração 05

Data Ocorr	Data Vencido	Base de cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Historico
30/12/2007	9/1/2008	1.462,52	17,00	50	R\$ 248,63

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 028924.0078/08-4, lavrado contra **LIBELHULA REP E COM DE COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.737,71**, acrescido da multa de 50% prevista no art. 42, I, “b” “1”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR