

**A. I. Nº** - 129118.0101/11-2  
**AUTUADO** - SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A  
**AUTUANTES** - ELISIA MEDEIROS PINTO DE FREITAS e MARTA HELENA DOS S. FERNANDES  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 07.12.2011

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO JJF Nº 0312-04/11

**EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO ATACADISTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Não comprovado a ocorrência das operações de devoluções informadas na GIA-ST, cujos valores foram deduzidos do total do imposto retido. Infração não elidida. **2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. MULTA.** Restou comprovado que a penalidade foi imposta em outro Auto de Infração envolvendo os mesmos fatos geradores e mesmo período fiscalizado, devendo ser afastada neste processo para evitar duplicidade, prevalecendo à contida na primeira autuação. Infração elidida. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/03/11 para exigir ICMS no valor de R\$212.287,12, acrescido da multa de 150%, além da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$160.107,79 relativos às seguintes infrações:

01. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos que a diferença foi detectada que resultou no recolhimento a menos do ICMS-ST devido nas operações de vendas interestaduais de mercadorias (Convênio ICMS 45/99) no exercício de 2006, conforme declarado nas GIAs-ST, em decorrência de dedução indevida de valores a recolher indicados a título de devolução, sem apresentar, mesmo intimada, notas fiscais emitidas de devoluções indicadas nas GIAs-ST para comprovar o desfazimento do negócio ou substituição das mercadorias conforme preceituam os dispositivos legais (Convênio ICMS 45/99, Cl. 2ª; Convênio ICMS 81/93, Cl. 3ª e 4ª e 8ª; Convênio ICMS 81/93, Cl. 4ª e 8ª; RICMS/BA, artigos 368 e 374) e ainda, Termo de acordo firmado entre a SEFAZ/BA e o contribuinte (Proc. nº 028.141/2001-0, item nove - R\$212.287,12.
02. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta na descrição dos fatos que intimado mais de uma vez deixou de corrigir erros e inconsistências encontradas em grande quantidade nos Arquivos Magnéticos (AM), Convênio ICMS 45/99 relativo aos períodos de 01/01/06 a 31/12/06, tudo de acordo com os Anexos VI e VII, tendo sido aplicada multa de 1% (hum por cento) sobre a totalidade das saídas do período – R\$160.107,79.

O autuado na defesa apresentada (fls. 147/153), inicialmente refuta integralmente a exigência fiscal. Com relação à infração 1, esclarece que está localizado no Estado do Rio de Janeiro, onde realiza operações de vendas para clientes fixados em outros Estados, estando inscrito no cadastro de contribuintes da Bahia em razão das vendas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Informa que presta informações ao Fisco baiano, em relação ao imposto que retém nas operações de vendas e repassa ao Estado, de acordo com o mecanismo da Substituição Tributária, ressaltando que está rigorosamente em dia, tendo repassado um total superior a R\$ 5,5 milhões nos exercícios de 2008 e 2009, no momento e nas datas determinadas pela legislação.

Requer que seja observado o princípio da razoabilidade, uma vez que as circunstâncias levantadas na ação fiscal ocorreram sem o mais remoto intuito fraudulento, devendo considerar que a cada mês são emitidas entre 300 e 400 mil notas fiscais, o que dificulta o cumprimento das obrigações objeto da autuação, que entende ter caráter acessório, não justificando a cobrança de tão elevada soma de R\$ 212.287,12, sem considerar os consectários.

Destaca que embora as autuantes tenham indicado outros dispositivos legais, os infringidos foram as cláusulas primeira e segunda do Convênio ICMS 75/94, que transcreveu à fl. 150, não sendo necessário valer-se de rebuscados métodos de interpretação legislativa, para se constatar que não descumpriu o que nela está determinado, não servindo tal dispositivo para imputar o cometimento da infração.

No tocante à infração 2, descreve a infração que trata de fornecimento de arquivos magnéticos, que intimada por mais de uma vez, deixou de corrigir erros e inconsistências encontradas.

Ressalta que a questão relaciona-se ao SINTEGRA, que vem a ser um conjunto de regras sistematizadas para orientar a execução das rotinas fiscais por processamento de dados, que a rigor “a orientação nunca ocorreu da forma esperada”, dado que, os contribuintes não dispõem de uma base legal clara e definitiva para preparação e entrega dos dados ao Fisco Estadual. Entende que falta clareza e definição ao assunto, modificado inúmeras vezes, gerando insegurança jurídica.

Destaca que a exigência relativa ao exercício de 2006 de R\$160.107,79 integra a ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração nº 279103.0008/10-6, cuja cópia anexa às fls. 156/157, o qual encontra-se “em discussão no âmbito desse CONSEF”.

Por fim, diz que há um excesso de exação na exigência da infração 1, dado o volume de documentos fiscais envolvendo pequenos valores, o que gera elevado grau de dificuldade para cumprir o quanto alegado e que a infração 02 engloba aplicação de multa relativa ao período de 2006, que já tinha sido objeto de outro Auto de Infração, configurando dupla cobrança sobre o mesmo fato econômico. Requer a improcedência do Auto de Infração.

As autuantes prestam informação fiscal (fls. 161/165). Inicialmente descrevem as infrações, comentam as alegações defensivas e passam a contestá-las conforme passaram a expor.

Quanto à infração 1, afirmam que analisando os termos da defesa constata-se que o autuado não atentou a citação do Convênio 45/99, que trata da matéria Marketing Direto, bem como o Convênio 81/93, o RICMS/BA (artigos 368 e 374) e o Termo de Acordo celebrado tomando como base os Convênios 45/99 e 81/93, detalhando as normas citadas, acrescido de cláusulas que tratam das ações no caso de descumprimento do estabelecido nos limites das normas referidas.

Ressaltam que apesar de a empresa argüir que não houve enquadramento legal da infração isso não a impediu de apresentar as suas razões de defesa.

Esclarecem que pelos dispositivos citados no Auto de Infração de exige que, nos casos de devolução e/ou ressarcimento do ICMS retido nas vendas de mercadorias (devolução e nova substituição tributária em decorrência de vendas interestaduais), deve ser emitida nota fiscal, para tal fim, e a apresentação desse documento ao Fisco para aposição do visto fiscal.

Destacam que esse visto, não é apenas uma obrigação acessória, e sim a validação pelo Fisco de que a operação efetivamente ocorreu com o exame de provas documentais, e assim permitir que o fornecedor possa deduzir o ICMS/ST, retido nas operações anteriores do ICMS retido por substituição tributária em novas operações sujeitas ao mesmo regime tributário.

Afirmam que como isso não ocorreu cabe à fiscalização, objetivando a homologação de exercícios, exigi-los, se valendo de provas documentais da efetiva ocorrência das operações.

Contestam os argumentos no sentido de que seja observado o princípio da razoabilidade, ausência de intuito fraudulento, o que significa “pedir ao fisco que feche os olhos para as normas vigentes e acolha os procedimentos adotados desrespeitando a atividade fiscalizadora”.

Ressaltam que o fato não foi tratado como fraude fiscal, mas sim infração aos dispositivos legais citados que redundou em recolhimento a menos do ICMS retido por substituição tributária, conforme detalhado no Anexo I, por conta de dedução de valores indicados como devoluções.

Destacam que não foram apresentadas provas, nem durante a ação fiscal, nem tampouco na defesa apresentada, com documentos efetivos da ocorrência de desfazimento do negócio, devolução para substituição de mercadoria em razão de erro no pedido, mercadoria fora das especificações, etc., ou mesmo a transmissão da propriedade da mercadoria justificada por retorno simbólico.

Afirmam que como se trata de provas documentais e não simples emissão da nota fiscal para tal fim, mantém a acusação, posto que nenhuma prova foi trazida aos autos para elidir a ação fiscal.

Com relação à infração 02, ressaltam que a empresa não vem entregando os arquivos magnéticos corretamente, causando embaraços à ação fiscal, visto que dificulta o adequado exame das suas operações fiscais, sendo reiteradamente autuada sem promover as devidas correções.

Quanto ao argumento defensivo de que já tinha sido autuado no mesmo período pelo mesmo fato, cujo Auto de Infração encontra-se em discussão no âmbito do CONSEF, informam que “por erro de consulta ao sistema SIGAT/SEFAZ, não observamos que houvera Auto de Infração lavrado em 2010. Assim, uma vez confirmada a duplicidade na aplicação da penalidade, acatamos as razões de defesa quanto à infração de nº 02, devendo ser excluído do total”.

Finalizam requerendo a manutenção da exigência relativa à infração 1, por inexistir na defesa elementos capazes de elidir a ação fiscal e exclusão integral da infração 2.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 166) tendo o mesmo se manifestado às fls. 170/172.

Ressalta que as autuantes acatarem as razões defensivas relativas à infração 2, e mantiveram a infração 1, sob o argumento de falta da apresentação de documentação fiscal e contábil para fins de comprovação da regularidade nas devoluções processadas pelos seus clientes.

Argumenta que as autuantes não dispensaram a esperada atenção quanto ao pedido formulado pela observância ao princípio da razoabilidade, em função da enorme quantidade de documentos fiscais emitidos a cada mês, não havendo pedido de tratamento diferenciado, mas sim as peculiaridades que envolvem para cumprir as obrigações com efetivas possibilidades de atendimento.

Destaca haver emitido no mês de julho passado um volume de aproximadamente um milhão e quatrocentas mil notas fiscais, algo incomum, na maior parte dos contribuintes do Estado, acrescentando o custo para reprodução em cópias de todos os documentos requeridos pela fiscalização resultando numa despesa que pretende evitar, dada a sua dimensão, que não é pequena, frisando que havia mencionado na defesa “média mensal de 300 a 400 mil documentos fiscais, dado que está defasado com relação à atual realidade”.

Destaca que chegou a levantar junto às autuantes a possibilidade de discutir o assunto tecnicamente, conforme registrado em email (fl. 135): “*Gostaria de marcar uma data para que eu possa conversar a respeito das pendências pessoalmente, para que possamos chegar a um consenso e evitarmos lavratura de auto*”.

Pondera que o que se pretendia era que as autuantes comparecessem ao estabelecimento autuado para fazer verificação *in loco* de toda documentação fiscal, bem como, dos elementos contábeis relacionados com a infração para constatação da regularidade dos seus procedimentos.

Salienta que não pode haver pretensão da geração de receita pública desprovida de fato econômico que lhe dê causa, mesmo que a crescente arrecadação de tributos não seja bem vista pela sociedade, mas tal fato se dá em decorrência da expansão econômica ou do aumento da eficiência nos aparelhos de arrecadação.

Argumenta que na situação presente a infração 1 ora combatida é absolutamente desprovida de fato econômico que confira legitimidade, agredindo o princípio constitucional esculpido no artigo 150, IV, da Carta Maior, que veda “*utilizar tributo com efeito de confisco*”.

Declara ter grande dificuldade para atender a solicitação das autuantes, no tocante à remessa de um volume de documentos de enormes dimensões, aliado ao fato de que os dados da sua contabilidade somente podem ser examinados no ambiente do estabelecimento autuado. Alega que pelas circunstâncias em que foi desenvolvida a ação fiscal, a mesma não poderia ser realizada à distância, sob pena de se “configurar uma relação com extrema desvantagem para o contribuinte, que se depara com uma circunstância de comprovada impossibilidade de demonstrar a regularidade dos seus procedimentos”.

Requer a realização de diligência fiscal, com base no § 1º do art. 138 do RPAF e em homenagem ao amplo direito de defesa, necessariamente, no local do estabelecimento da autuada, para exame de toda a documentação alegada pelas autuantes, incluídos os registros contábeis.

### VOTO

No momento que se manifestou acerca da informação fiscal o autuado requereu a realização de diligência fiscal ao estabelecimento autuado para “exame de toda a documentação alegada pelas autuantes, incluídos os registros contábeis”. Observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, consistindo na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado. Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à falta de recolhimento do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, cujas devoluções indicadas nas GIAS-ST não foram comprovadas, além de multa pelo não fornecimento de arquivos magnéticos.

Quanto à infração 1, na defesa apresentada o autuado alegou que na condição de contribuinte substituto, emite milhares de notas fiscais todos os meses, o que dificulta cumprir as obrigações acessórias relativas às devoluções de mercadorias que ocorrem o que foi contestado pelas autuantes que afirmaram não ter sido comprovada a realização de devoluções na forma previstas em Convênios ICMS e Termo de Acordo celebrado entre a SEFAZ/BA e o estabelecimento autuado.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que:

- a) Os trabalhos de fiscalização tiveram início em 06/01/11 conforme documento à fl. 41;
- b) No dia 18/01/11 (fls. 58/59) foi expedida intimação para apresentar cópias de notas fiscais relativas às devoluções que implicassem em desfazimento do negócio, vinculando às notas fiscais de origem e respectivos Conhecimentos de Transportes (CT), bem como nas situações que houve substituição das mercadorias por outras;
- c) No dia 27/01/11 (fls. 60/61) foi expedida nova intimação de igual teor, descritas no An.I (fl. 62);
- d) No dia 02/02/11 (fls. 63/64) foi expedida re-intimação de igual teor, junto com relação por amostragem de cinco notas fiscais/mês conforme documento às fls. 65/66, identificadas no Registro 53 do Arquivo Magnético entregue à fiscalização;
- e) No dia 16/03/11 (fls. 67/68) foi expedida mais uma intimação de igual teor.
- f) Também foram juntadas cópias de diversos emails trocados entre as autuantes e o estabelecimento autuado (fls. 91/138) no período de 28/01/11 a 21/03/11 que na sua maioria versam so-

bre a solicitação de documentos para fazer comprovações das devoluções de mercadorias, indicadas nas intimações expedidas pela fiscalização.

Pelo exposto, a fiscalização tendo identificado valores deduzidos do ICMS retido relativo a devoluções de mercadorias em todos os meses do período fiscalizado nas GIAs-ST entregues a SEFAZ/BA, requisitou reiteradamente mediante intimações num período de quase três meses que fossem apresentadas as devidas comprovações, o que não ocorreu.

Verifico também que conforme Termo de Acordo celebrado entre a SEFAZ/BA e o estabelecimento autuado foi concedido Regime Especial no Parecer GECOT 1.935/2001 renovando anteriores concedidos, que na Cláusula nº 9 estabelece (fls. 141) o seguinte:

9. Na hipótese de devolução de mercadorias, sendo a devolução efetuada por distribuidores inscritos localizados no Estado da Bahia, estes elaborarão demonstrativo onde se comprovarão essas operações e os documentos que as acobertaram, devendo ser observado o disposto no art. 368 do RICMS/BA, enquanto que as devoluções promovidas diretamente por revendedores não inscritos devem ser acobertadas por Nota Fiscal Avulsa, que deve ser solicitada junto à Repartição Fazendária competente, devendo ser observado o disposto no inciso II do §1º do art. 368 do RICMS/BA;

9.1 A mercadoria devolvida só gerará crédito para efeito de dedução do imposto pago por substituição tributária se for emitida nota fiscal para a operação com a indicação da nota fiscal de origem, ou seja, a que acobertou a saída da mercadoria ora devolvida, devendo necessariamente ser visada no posto fiscal do percurso, principalmente pelo Posto Fiscal de fronteira.

9.2 A requerente, ao receber mercadorias em devolução, deverá, na escrituração do Registro de Entradas, observar o seguinte (art. 362 do RICMS/BA):

9.2.1 O documento fiscal relativo à devolução ou retorno será lançado com utilização das colunas “Operações ou Prestações com Crédito do Imposto”, na forma regulamentar;

9.2.2 na coluna “Observações”, na mesma linha do lançamento referido no item anterior, serão lançados os valores da base de cálculo e do imposto relativos à devolução, utilizando-se colunas distintas para essas indicações, sob o título comum “Substituição Tributária”.

9.2.3 Se o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, os valores relativos ao imposto retido e à respectiva base de cálculo serão lançados na linha abaixo do lançamento da operação própria, sob o título comum “Substituição Tributária” ou o código “ST”.

9.3 A Nota Fiscal emitida para acompanhar as mercadorias a serem devolvidas para a Requerente, deverá conter destaque do imposto correspondente à saída em função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constantes na Nota Fiscal de origem e terá como natureza da operação “Devolução”, devendo ser feita anotação, no quadro “Dados Adicionais”, no campo “Informações Complementares”, acerca do número, da série e da data da Nota Fiscal de origem, conforme determina o art. 368 do referido diploma regulamentar; bem como mencionar o motivo da devolução.

De acordo com a citada Cláusula do Regime Especial concedido e Termo de Acordo celebrado em conformidade com o Convênio 45/99 (Marketing Direto), Convênio ICMS 81/93 (Regras Gerais de Substituição Tributária) e artigo 368 do RICMS/BA, na condição de contribuinte substituto não basta informar na GIA-ST os valores de deduções do ICMS-ST relativo a devoluções de vendas, tendo em vista que tal lançamento deve ter como suporte os documentos fiscais correspondentes, como determina a legislação do imposto.

Também não pode ser acatada a alegação defensiva de que emite milhares de notas fiscais mensalmente e que seria dificultoso juntar ao processo todos os documentos fiscais correspondentes para comprovar as devoluções informadas nas GIAs-ST. Observo que as provas solicitadas pela fiscalização não envolvem todos os documentos fiscais emitidos mensalmente e sim aos que foram objetos de devoluções.

Ressalte-se que a fiscalização exigiu comprovação por amostragem de cinco notas fiscais por mês (fls. 65/66) e mesmo que o autuado não tivesse apresentado as comprovações necessárias da efetividade das devoluções à fiscalização no período de janeiro a março/11, poderia ter juntado tais documentos com a defesa protocolada em 10/05/11 (fl. 146) ou quando se manifestou acerca da informação fiscal protocolada em 25/08/11.

Por tudo que foi exposto, concluo que tendo sido acusado de deixar de recolher o ICMS-ST relativo a devoluções informadas na GIA-ST, não foi apresentada qualquer prova documental, levantamentos e demonstrativos referentes às alegações defensivas conforme previsto no art. 123 do RPAF/BA, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do mencionado diploma legal não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto exigido. Infração não elidida.

No tocante à infração 2, na defesa apresentada o autuado juntou cópia do Auto de Infração nº 279103.0008/10-6 (fls. 156/157), para comprovar que já tinha sido autuado relativo aos mesmos fatos geradores do período fiscalizado, o que foi admitido pelas autuantes sob alegação de falta de controle no sistema SIGAT/SEFAZ.

Pelo exposto, deve ser afastada a penalidade aplicada, em vista da duplicidade na aplicação da penalidade, prevalecendo à exigência contida no primeiro Auto de Infração. Infração elidida.

Diante do exposto, 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 **129118.0101/11-2**, lavrado contra **SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORAS HERMES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$212.287,12** acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR