

A I N° - 232893.0001/11-7
AUTUADO - MAGALHÃES E CIA LTDA.
AUTUANTE - MARIA ROSALVA TELES
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET 04.05.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0118-05/12

EMENTA: ICMS. 1. 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 (calçados), 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. Infração elidida parcialmente.

2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. É devido o pagamento do imposto em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Contribuinte na condição de empresa de pequeno porte. Refeitos os cálculos. Exigência fiscal parcialmente subsistente. b) CONTRIBUINTE NO CADASTRO NORMAL. Infração não subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA LANÇADO A MAIOR. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração reconhecida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O autuado comprova o registro das notas fiscais, Infração insubstiente. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração insubstiente. Rejeitada a arguição de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, foi lavrado em 29/06/2011, exige crédito tributário no valor de R\$ 17.265,48, tendo tem vista a apuração das irregularidades consistentes nas sete infrações, a seguir descritas:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Abril e junho 2006. Valor R\$ 1.222,64 - Multa de 50%;

2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Março/maio, outubro e dezembro 2006. Valor R\$ 4.421,63 - Multa de 50%

3. Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. Em fevereiro 2007. Valor R\$ 1.461,16 - Multa de 60%;

4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Mercadorias sem registros na escrita fiscal. Julho/setembro 2007. Valor R\$ 7.562,89 – multa de 60%.

5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Falta de lançamento na escrita fiscal. Maio, setembro e dezembro 2008. Valor R\$ 997,58 - Multa de 60%;

6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem registro na escrita fiscal. Mercadoria sujeita a antecipação tributária. Multa de 1%. Valor da infração R\$ 681,18.

7. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita à tributação sem registro na escrita fiscal. Multa de 10%. Valor da infração R\$ 918,40.

Apresenta impugnação, fls. 205/227; inicialmente descreve o enquadramento legal de cada infração, as multas aplicadas e o texto constante no campo descrição dos fatos.

Ressalta, preliminarmente, o autuado, que não se insurgirá por mero capricho contra o Auto de Infração em destaque, mas o faz alicerçado no exercício do seu amplo direito de insurgir contra uma exigência fiscal absurda e que provará que o Auto de Infração foi lavrado com equívocos.

Anexa à defesa cópias de DAE, photocópias de livros e documentos fiscais, declaração de devolução das notas fiscais, Nota Fiscal de entrada remetida por empresa confirmando o retorno de mercadorias não recebidas pela empresa autuada, e-mail's e cópias de notas fiscais não recebidas contendo anotações em seus versos, justificando o motivo do não recebimento das mercadorias, mercadorias que retornaram às suas origens, através das próprias notas fiscais, comprovando que as infrações não encontram guarida para ensejar a cobrança do débito fiscal.

Diz que excetua apenas a infração 03, reconhecendo que houve equívoco no tocante ao aproveitamento do valor do crédito fiscal indicado no presente Auto de Infração.

Diz que as demais infrações originaram-se pelo efeito emprestado das notas fiscais anexadas aos autos. Explica que, seguindo o mesmo roteiro fiscal, provará o equívoco da exigência do valor R\$ 1.222,64 cobrado a título de ICMS com antecipação parcial. Diz que a Nota Fiscal nº NF 179206 (ADIDAS DO BRASIL LTDA) foi escriturada no livro de entrada e recolhido a antecipação parcial, conforme comprova as anexas photocópias autenticadas do DAE, da Nota Fiscal e do mês de maio de 2006 e do Livro de Registro de Entradas de Mercadorias. Diz que as demais notas fiscais: NF 590120 (Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda.); NF 217374, 216281 (Adidas do Brasil Ltda.); NF 651966, NF 651748 (Drastosa S/A Indústrias Têxteis), não foram recebidas, devolvidas através das próprias notas fiscais, consoante anotações insertas nos versos das referidas notas fiscais (devolução), cujas cópias seguem anexas, inclusive cópias dos conhecimentos de fretes das transportadoras, caracterizando, assim, o equívoco da autuante, nesse particular.

Aduz que o mesmo ocorre em relação à exigência de R\$ 4.421,63 (infração 02), ICMS com antecipação total, proveniente das notas fiscais 560669, 570775, 586763, 644923, 661265, (Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda.); NF 30014 (Bummer Indústria e Comércio de Artigos Esportivos Ltda.); NF 339119, Adidas do Brasil Ltda; diz que tais mercadorias foram devolvidas através das próprias notas fiscais de devolução, consoante anotações insertas nos versos das referidas notas fiscais, cujas cópias também seguem anexas.

Afirma que não procede o valor de R\$ 2.094,41, cobrado a título de ICMS com antecipação total, proveniente das notas fiscais 83753 (Puma Sports Ltda.); 523235, 537405, (Adidas do Brasil Ltda.); NF 803393 (Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda.). Insiste que também não procede e pelos mesmos motivos, o valor de R\$ 8.770,39, proveniente das notas fiscais: NF 66584, 149727 (Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda.).

Também é improcedente a cobrança de ICMS antecipação parcial no valor de R\$ 997,58, proveniente das notas fiscais nº 992225, 66221, 140066, (Nike do Brasil).

Assevera que não justifica a menção das notas fiscais retro-mencionadas no presente auto de infração, primeiro, porque, à exceção da NF 179206 (Adidas do Brasil Ltda.), emitida em abril 06, não houve aquisição, através das demais notas fiscais anexadas ao Auto de Infração; segundo porque as mercadorias constantes de tais notas fiscais retornaram às suas origens, através das próprias notas fiscais originárias, com as anotações e observações de praxe. Com relação à Nota Fiscal 179206, o seu valor foi devidamente recolhido, conforme documentos anexados aos autos.

Diz que isso fica comprovado pela Nota Fiscal de entrada emitida pela empresa Clássico Indústria de Artigos Esportivos S.A, conformando o retorno da Nota Fiscal nº 404793, através da Nota Fiscal de entrada nº 9290; bem como a declaração e cópias de Livros de Registro de Mercadorias da Adidas do Brasil e declaração da Nike do Brasil, respectivamente, cujas cópias seguem anexas.

Aduz que as notas fiscais de infração 02 não foram recebidas, retornando às suas origens.

Diz que já solicitou aos fornecedores a remessa da declaração, protestando por sua juntada posterior. Diz que não há como prosperar o presente auto de infração, uma vez que os documentos que lhe dão sustentação estão explicitamente inquinados de vícios, incertezas e de irreparável nulidade o Processo Administrativo Fiscal.

Pede que seja designada diligência fiscal a fim de dirimir todas as dúvidas aventadas pelo Impugnante e a nulidade do auto de infração, sua improcedência, exceto a infração 03.

A autuante presta Informação Fiscal, fls. 344/347, diz que dos documentos apresentados pela defesa, ficou provado o recolhimento da Nota Fiscal 179206, assim como a devolução das mercadorias constantes nas notas fiscais 217374, 216281, 523235, 537405.

Explica que das notas fiscais 404793, 837753 não foram apresentados os respectivos documentos. Aduz que na tentativa da conformação dos fatos alegados, encaminhou e-mail ao setor fiscal da NIKE, solicitando cópias das notas fiscais de entrada e cópias dos livros fiscais. Diz que recebeu cópias das notas fiscais, duas delas, de empresa diversa, constatadas através da numeração do formulário.

Com relação às notas fiscais da NIKE relaciona as observações acerca dos motivos de devolução; Com a inexistência de provas de devolução das mercadorias adquiridas da DASTROSA S/A, BUMMER COM. ARTIGOS ESPORTIVOS, além da insuficiência de provas das mercadorias adquiridas da NIKE, foram alterados os valores das infrações 1 (R\$ 909,10), 4 (R\$ 9.229,00) e 6 (R\$ 578,62). As demais infrações 02, 03, 05 e 07 ficam inalteradas.

O autuado volta a manifestar-se, fl. 373/381, argüindo a tempestividade das alegações e diz que, ao contrário do entendimento fiscal, as provas apresentadas na defesa representaram, no mínimo, “indícios de prova de verdade material capaz de elidir por si só as infrações apontadas”.

Assevera que as anotações de devolução de mercadorias insertas nos versos das primeiras vias das notas fiscais de vendas que acompanharam a peça de defesa são sólidas e verdadeiras, consoante comprovam a declaração e cópias de livro de registro de entradas encaminhadas pelas empresas fornecedoras Adidas do Brasil, Puma Sports, Drastosa e Nike do Brasil. Pede a aplicação do princípio IN DUBIO PRO REO

Reitera que as mercadorias constantes das notas fiscais de vendas não foram recebidas; diz que os postos fiscais dispõem de informações modernas e suficientes para detectarem os retornos das

notas fiscais; que diligenciou junto à DRASTOSA e a NIKE cópias das notas fiscais de entradas e cópias dos registros fiscais a fim de comprovar a sua tese.

Diz que no processo administrativo impera a busca da verdade material e recebeu de seus fornecedores cópias digitalizadas das notas fiscais de entrada e os livros fiscais de registro desses documentos. Lista tais notas fiscais.

Destaca que não recebeu a Nota Fiscal 149727, no valor de R\$ 20.701,62 (NIKE DO BRASIL), que não existe débito a ser pago; a devolução foi feita através da Nota Fiscal de entrada 082480, de 05.02.09.

Aduz que ainda não recebeu a Nota Fiscal de entrada da BUMMER, no valor de R\$ 2.320,30, devolvida em 10.01.2006. Insiste que todas as notas apontadas nos autos foram devolvidas à origem, não há o que falar em penalidades por falta de escrituração.

Após a apreciação das provas apresentadas, pede que seja acolhida a improcedência da infração. Em nova Informação, fls. 496/500, a autuante diz que recebeu documentos não apresentados anteriormente. Com relação à Nota Fiscal 339119 (ADIDAS) diz que foi apresentada apenas uma declaração. Fl. 383. Após a juntada de tais documentos, a infração 01 resta zerada; a infração 02, R\$ 838,50; a infração 03, R\$ 1.461,16; a infração 04, R\$ 458,61; a infração 05, 89,16; a infração 06, R\$ 28,75 e a infração 07, R\$ 52,45.

Nova manifestação, fls. 508/516, a defesa lembra da tempestividade da peça. Diz que em resposta ao argumento da fiscalização e em atenção ao princípio da verdade material, diligenciou em apresentar documentos que sustentam suas razões, nos termos do art. 123, § 1º, do Decreto nº 7.629/99, além do art. 137 do mesmo diploma legal, concluindo que o interessado poderá na fase de instrução dos autos e antes da tomada de decisão juntar documentos embasados no princípio da verdade material.

Lembra o art. 5º, XXXII, “a”, CF 88, que garante a ampla defesa e o contraditório na via administrativa e na via judicial.

Diz que obteve junto à ADIDAS a cópia da Nota Fiscal 413646, de 14.07.2007, no valor de R\$ 1.077,70, confirmando a declaração de fl. 383. Diz que juntou aos autos notas fiscais 023194, 044232 e 082483 (NIKE) e que até o presente momento não recebeu a Nota Fiscal 030014, no valor de R\$ 2.320,50 (BUMMER). Diz que tal nota foi devolvida, retornando à origem pela mesma transportadora (Cometa), conforme CTRC 294.898, retorno que se acha registrado nos postos fiscais da Bahia.

Reitera a improcedência do auto de infração.

Em derradeira manifestação, a Auditora Fiscal diz que tendo em vista a extinção do prazo para apresentação de documentos, mantém a Informação Fiscal anterior.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS no valor total de R\$ 17.265,48, em decorrência das 7 (sete) infrações descritas na inicial do presente Auto de Infração, que serão objeto da apreciação a seguir, exceto para a infração 3, no valor de R\$ 1.461,16, que foi reconhecida pelo autuado e excluída da lide.

O sujeito passivo pede diligência para que se prove o retorno de mercadoria adquirida pelo estabelecimento autuado. Indefiro tal pedido, tendo em vista que a diligência fiscal não se presta a trazer provas ao processo, sequer para suprir a prova mal formulada, incumbência que cabe ao agente fiscal ou ao autuado. A diligência se presta a esclarecer dúvidas presentes no processo. No caso, os documentos que comprovem devolução das mercadorias adquiridas se encontram na posse do autuado e, em sendo necessário no apoio de suas razões, deveriam ser juntados aos autos.

No que tange à nulidade arguida, verifico que as infrações estão descritas claramente no auto de infração, inclusive, com a indicação correta das normas atingidas e aplicáveis aos fatos, existindo

a indicação de livros e documentos examinados, que foram fornecidos pelo próprio contribuinte, quando regularmente intimado e durante o processo de acertamento do crédito tributário. Rejeito, portanto, a arguição de nulidade.

A primeira infração trata da exigência do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, no valor de R\$ 1.222,64.

A auditora Fiscal elabora demonstrativo de fl. 41, descreve as aquisições que deram origem a exigência, juntando cópias das respectivas notas fiscais. O sujeito passivo apresenta impugnação e interveio no Processo Administrativo Fiscal – PAF, em várias oportunidades fazendo ser conhecidas as suas razões, em face do devido processo legal.

Diz que a exigência é um equívoco fiscal. Anexa cópia do DAE comprovando o pagamento referente a Nota Fiscal 179206; provas de devolução da aquisições relativo às notas fiscais 217374, 216281 e 404793; remanescendo a exigência que totaliza R\$ 909,10 (fl. 348).

Verifico, num segundo momento, que o autuado apresentou comprovantes de devolução em relação às notas fiscais 590120 (NIKE DO BRASIL), 651748 e 651966 (DASTROSA S/A).

Configurada a insubsistência da infração 01.

Na infração 02 a acusação é que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, na condição da micro e empresa de pequeno porte, no valor de R\$ 4.421,63.

Trata de exigência tributária com previsão no art. 391-A, do RICMS/97, vigente até 30/06/2007, que estabelecia:

“Nos recebimentos, por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária procedentes de outras unidades da Federação, não tendo havido retenção do imposto pelo remetente ou tendo a retenção sido feita a menos, bem como nas importações e nas arrematações das supramencionadas mercadorias, quando de procedência estrangeira e apreendidas ou abandonadas, será feita a antecipação do pagamento do imposto, acorde incisos I e II do art. 125, adotando-se a base de cálculo prevista no art. 61”.

A autuação fiscal se refere às notas fiscais de aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária (calçados) e adquiridas por empresa de pequeno porte, situação que ostentava o estabelecimento autuado, à época dos fatos.

O demonstrativo inicial que dá suporte à exigência consta às fls. 49/50. O autuado comprovou a regularidade de algumas operações, demandando a sua exclusão. Novo demonstrativo de débito foi elaborado pela autuante, fl. 499, descrevendo as notas fiscais 30014, 586763 e 339119, alterando o valor da exigência para R\$ 838,50.

O autuado com relação à Nota Fiscal 30014 da BRUMMER IN.COM. ARTIGOS ESPORTIVOS, emitida em 03.03.06, no valor de R\$ 2.320,50 e devolvida em 15.03.06, pede dilação de prazo para fazer prova desta devolução, o que não ocorreu até o momento. A infração resta caracterizada, no valor de R\$ 838,50.

A quarta infração exige o ICMS que o autuado deixou de recolher, também, por antecipação ou substituição tributária referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, agora na condição de contribuinte normal, no valor de R\$ 7.562,89. Infração prevista no art. 371, RICMS BA.

O demonstrativo de débito original e respectivas notas fiscais constam dos autos, fls. 58/69, foi alterado para exclusão das operações comprovadas pelo autuado, conforme um novo demonstrativo de fl. 499, relacionando a Nota Fiscal 803.393 e ICMS ST no valor de R\$ 458,61. O

autuado apresenta cópia da Nota Fiscal 44.232, de 21.09.2007, fl. 528, que comprova a devolução das mercadorias respectivas. Infração elidida.

Na infração 05, a exigência é novamente de falta de recolhimento de ICMS antecipação parcial prevista no art. 352-A, RICMS BA, nos meses de maio, setembro e dezembro de 2008, no valor de R\$ 997,68.

As aquisições das mercadorias para comercialização que autorizaram a exigência em questão encontram-se discriminadas no demonstrativo de fl. 66; o autuado apresenta prova de regularidade das notas fiscais 992225 e 66221, remanescendo a exigência com relação à Nota Fiscal 140086, conforme demonstrativo de fls. 500, que altera a exigência para R\$ 89,16. O autuado, posteriormente, apresenta cópia da Nota Fiscal 492.483, de 05.03.2009, fl. 532, que comprova a devolução das mercadorias discriminada na Nota Fiscal 140.066. Infração elidida.

A infração 06, a exigência é da multa por descumprimento da obrigação acessória da falta de registro de mercadoria não tributável na escrita fiscal. Multa de 1% sobre o valor da mercadoria, prevista no art. 42, inciso XI, Lei 7.014/96.

O demonstrativo inicial que impõe a multa de R\$ 681,18 foi alterado, após a comprovação da escrituração feita pelo sujeito passivo, permanecendo sem comprovação a Nota Fiscal 803.393, no valor de R\$ 2.875,30, implicando exigência de R\$ 28,75.

Ocorre que o autuado apresenta cópia da Nota Fiscal 44.232, de 21.09.2007, fl. 528, que comprova a devolução das mercadorias constantes na Nota Fiscal 803.393. Infração que também não subsiste.

Por fim, a infração 07 o autuado é acusado de dar entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o registro na escrita fiscal. Multa de 10% sobre o valor da mercadoria, prevista no art. 42, inciso IX, Lei 7.014/96.

O demonstrativo inicial que impõe a multa de R\$ 918,40 foi alterado, após a comprovação da escrituração feita pelo sujeito passivo, permanecendo sem comprovação a Nota Fiscal 140.066, no valor de R\$ 524,48, implicando exigência de R\$ 52,45.

O autuado apresenta, contudo, cópia da Nota Fiscal 492.483, de 05.03.2009, fl. 532, que comprova a devolução das mercadorias discriminada na Nota Fiscal 140.066. Infração elidida.

Por tudo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 2.299,66 (R\$ 838,50 – infração 2 e R\$ 1.461,16 – infração 03 – reconhecida pelo autuado).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232893.0001/11-7 lavrado contra **MAGALHÃES E CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.299,66**, acrescido da multa de 50% sobre R\$ 838,50; de 60% sobre R\$ 1.461,16, prevista no art. 42, I, “b”; VII, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA