

A. I. Nº - 436491.0020/14-8
AUTUADO - A. DOS SANTOS SATURNINO EPP
AUTUANTE - MÉRCIA DOS PRAZERES BRAMONT
ORIGEM - INFAS/VAREJO
INTERNET - 28.10.2015

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0205-04/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. A legislação estadual determina a realização de antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização. Revisão efetuada pelo autuante acolheu parte dos argumentos e documentos trazidos pelo contribuinte. Infração parcialmente procedente. b) RECOLHIMENTO A MENOR. Frente aos argumentos e elementos trazidos pela empresa autuada, diversas notas fiscais foram excluídas da autuação. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 02/06/2014 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$42.779,51, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **07.21.03** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de junho, setembro, outubro e dezembro de 2011, janeiro, julho a novembro de 2012, no montante de R\$13.569,29.

Infração 02. **07.21.01** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril, agosto a dezembro de 2013, totalizando R\$29.210,22.

Tempestivamente, a autuada, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 261 a 263, na qual elabora tabela, indicando documentos fiscais e especificando, nota a nota a situação de cada uma, se com recolhimento do imposto, se destinada ao ativo imobilizado, se aquisição de uso e consumo, se material promocional, se devolvida, se não foi entregue, bem como os documentos de arrecadação que comprovam os pagamentos realizados.

Informação fiscal prestada pela própria autuante (fl. 361), indica não ter, efetivamente, recolhido o contribuinte o imposto relativos às notas 458971, 51097 e 14688 referentes à antecipação parcial de 2011, alegando que foi pago pelo DAE 1104228158, todavia estas notas não se encontram nos DAEs consultados no sistema da SEFAZ nas fls. 338 a 352, permanecendo no demonstrativo de fl. 363.

Para as notas 83845, 83856, 83849, 83842, 83838, 84464, 84727, 84730, 84731, 84732, 84784, do exercício de 2012, antecipação parcial, houve devolução parcial, sendo recalculado o valor parcial das

notas supra citadas e colocado na nova planilha a fl. 364 as mesmas não se encontram nos DAES supra citados, portanto permanecem na mesma.

Já as notas 1619 e 1890 foram excluídas devido à comprovação da devolução total das mercadorias. Portanto, foram retiradas da planilha de 2012 de antecipação parcial, sendo feita nova planilha de fl. 364.

Em relação ao ano 2013, informa que na planilha de antecipação total foram retiradas todas as notas que estão comprovadas nos DAEs apensados às fls. 338 a 352, exceto a 1707, que se encontra no DAE supracitado às fls. 339 a 352 do processo, a 17116, que não mostra a devolução na nota 17982, permanecendo a autuação relativa a elas, existindo uma nova planilha na fl. 365.

Desta forma, solicita a procedência parcial do lançamento, elaborando novos demonstrativos, devidamente entregues ao contribuinte autuado, (fls. 367 e 368), oportunizando a sua manifestação de fls. 371 e 372, na qual informa que após análise da peça de impugnação de lançamento, ainda permanecem improcedentes os seguintes lançamentos nos demonstrativos.

INFRAÇÃO 01 - EXERCÍCIO FISCAL DE 2011		
NF-e	Data	Razão de manifestação
51097	31/10/2011	ICMS pago conforme DAE acostado na peça de impugnação
14688	02/12/2011	trata-se de material promocional para demonstração a cliente, incluindo display

Informa que os documentos fiscais e o DAE com pagamento que comprovam as alegações foram juntados na peça de impugnação de lançamento.

Para a infração 01, no exercício fiscal de 2012

INFRAÇÃO 01 - EXERCÍCIO FISCAL DE 2012		
NF-e	Data	Razão de defesa
86827	15/09/2012	Trata-se de retorno mercadoria da NF-e nº 79444 não entregue ao destinatário
83845	21/08/2012	entrada de devolução parcial da NF-e nº 32
83856	21/08/2012	entrada de devolução parcial da NF-e nº 29
83849	21/08/2012	entrada de devolução parcial da NF-e nº 31
83842	21/08/2012	entrada de devolução parcial da NF-e nº 30
83838	21/08/2014	entrada de devolução parcial da NF-e nº 74
84464	25/08/2012	entrada de devolução parcial da NF-e nº 14
84727	27/08/2012	entrada de devolução parcial da NF-e nº 33
84730	27/08/2012	entrada de devolução parcial da NF-e nº 68
84731	27/08/2012	entrada de devolução parcial da NF-e nº 16
84732	27/08/2012	entrada de devolução parcial da NF-e nº 20
84784	27/08/2012	entrada de devolução parcial da NF-e nº 53

Aduz que as notas fiscais indicadas acima foram emitidas pelo fornecedor original em operação de entrada de devolução parcial, não se caracterizando como documentos de aquisição de mercadorias pela autuada, e os documentos fiscais e o DAE com pagamento que comprovam as alegações foram juntados na peça de impugnação de lançamento.

Quanto à infração 02, para o exercício fiscal de 2013, apresenta o seguinte quadro:

INFRAÇÃO 03 - EXERCÍCIO FISCAL DE 2013	
NF-e	Razão de defesa
1707	pago pelo DAE nº 1307282684
11380	mercadoria não entregue ao destinatário. vide NF-e nº 11642
11642	retorno de mercadoria não entregue ao destinatário, referente NF-e nº 11380
17116	mercadoria não entregue ao destinatário. vide NF-e nº 17982
17982	retorno de mercadoria não entregue ao destinatário, referente NF-e nº 17116
291228	pago pelo DAE nº 1307282684

Credita tal fato à ausência de análise por parte da autuante das operações referentes às notas fiscais 11380/11642 e 17116/17982, sendo a primeira a nota fiscal emitida pelo fornecedor (operação original) e a segunda também uma nota fiscal emitida pelo fornecedor, porém de retorno da operação original por não ter sido entregue ao destinatário, ou seja, uma nota anula a outra e ambas foram emitidas pelo fornecedor. Não cabe à autuada realizar o registro em sua escrita fiscal, muito menos pagar antecipação tributária.

Quanto às notas fiscais 1707 e 291228, constam nos DAEs apresentados, e os documentos fiscais e o DAE com pagamento que comprova as alegações foi juntado na peça de impugnação de lançamento.

Finaliza, requerendo que pelas razões de defesa expostas anteriormente e as manifestações desta peça, seja julgado procedente em parte o Auto de Infração, bem como que seja observado o disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/99.

Em nova intervenção, a autuante (fl. 376) informa que o sujeito passivo não recolheu o imposto relativo às notas de nº 458971, 51097 e 14688, tendo esta última, em seu detalhamento um display no final da nota, ao passo que os outros produtos são para venda. Referente à Antecipação parcial de 2011, o contribuinte alega que foi pago pelo DAE 1104228158, contudo, estas notas não se encontram nos DAEs consultados pelo sistema da SEFAZ nas fls. 338 a 352, permanecendo estas últimas no Demonstrativo de fl. 363.

Fala que o contribuinte devolveu parcialmente as notas 83845, 83856, 83849, 83842, 83838, 84464, 84727, 84730, 84731, 84732, 84784, do exercício de 2012, antecipação parcial, tendo recalculado o valor parcial das notas supra citadas e colocado na nova planilha da fl.364 as mesmas não se encontram nos DAEs supras citados, portanto permanecem na planilha de fl. 363.

Ao seu turno, as notas 1619 e 1890 foram excluídas, devido à comprovação da devolução total das mercadorias. Portanto, foram retiradas da planilha de 2012 de Antecipação parcial, sendo ajustada a planilha de fl. 364. Em relação ao ano 2013 na planilha de antecipação total foram retiradas todas as notas que estão comprovadas nos DAEs em anexo nas fls. 338 a 352, exceto a 1707 que se encontra no DAE supracitado às fls.339 a 352 do processo, a 17116, que não mostra a devolução na nota 17982, portanto permanecendo, existindo uma nova planilha na fl. 379 e a nota 291228 não se encontra no DAE supra citado. Mantém a solicitação de procedência parcial do Auto de Infração.

Mais uma vez cientificado (fls. 381 e 382), o sujeito passivo retorna ao feito à fl. 384, reiterando o pedido para as razões de defesa não acatadas pela autuante.

Em nova intervenção, a autuante também reitera a informação anteriormente prestada.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, todas objeto da contestação por parte do sujeito passivo. Tais infrações, reportam-se a falta de recolhimento de antecipação tributária parcial (infração 01) e total (infração 02).

Em relação a antecipação parcial (infração 01), incide a regra geral de apuração e recolhimento de todos os contribuintes, independentemente do regime de apuração pelo qual optaram, obedecendo a legislação posta, especialmente o artigo 12-A da Lei 7.014/96:

"Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por (...)".

O fato da autuada encontrar-se na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, me leva a fazer algumas observações adicionais:

Tal regime se caracteriza pelo recolhimento dos tributos abrangidos mediante documento único de arrecadação, o denominado DAS, bem como pelo fato de haver disponibilização às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de sistema eletrônico para a realização do cálculo do valor mensal devido, geração do DAS e, a partir de janeiro de 2012, para constituição do crédito tributário, exigindo a apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, sendo concedido prazo para recolhimento do DAS até o dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta.

Pertinente mencionar o fato de que a implementação de tal sistema deu-se através da promulgação da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, passando a produzir os seus efeitos a partir de 01 de julho de 2007.

A mesma, determina no artigo 13, como deve ser efetivado pelo contribuinte inscrito no SIMPLES NACIONAL o seu recolhimento:

"Art. 13:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal;

(...)

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;"

Por outro lado, o artigo 17 da mesma Lei, determina que a base de cálculo para o recolhimento do imposto é o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, bem como o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado, e em relação ao IPI, o parágrafo 2º do mencionado artigo 17, estipula que não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes é relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.

Esta é a base legal para que o Estado da Bahia possa, através de sua fiscalização tributária, realizar a cobrança de antecipação parcial.

Já a infração 02 diz respeito a antecipação tributária total, diante do fato dos produtos comercializados pela empresa autuada estarem submetidos a tal regime, com encerramento da tributação, também de acordo com o regramento legal.

Tais infrações, pois, dependem exclusivamente de apreciação da verdade material trazida aos autos. A autuada, em sua peça defensiva, trouxe argumentos e elementos probantes no sentido de reduzir o montante lançado, as quais, em parte foram acatados pelo autuante, em sede de informação fiscal, o que o fez elaborar novos demonstrativos, não mais contestados pelo sujeito passivo.

Isso em nome do princípio da verdade material, pelo qual se abre a ampla possibilidade de produção de provas no curso do Processo Administrativo Tributário alicerça e ratifica a legitimação dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e da verdade material.

O processo administrativo sempre busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. O princípio da verdade material decorre do princípio da legalidade e, também, do princípio da igualdade. Busca, incessantemente, o convencimento da verdade que, hipoteticamente, esteja mais aproxima da realidade dos fatos. De acordo com o princípio são considerados todos os fatos e provas novos e lícitos, ainda que não tragam benefícios à Fazenda Pública ou que não tenham sido declarados. Essa verdade é apurada no julgamento dos processos, de acordo com a análise de documentos, análise de perícias técnicas e, ainda, na investigação dos fatos. Através das provas, busca-se a realidade dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentem apenas à verdade formal dos fatos. Desta forma, deve a administração promover de ofício as investigações necessárias à elucidação da verdade material para que a partir dela, seja possível prolatar uma sentença justa.

Segundo Celso Antônio Bandeira De Mello, a verdade material (Curso de Direito Administrativo. 28^a edição. São Paulo: Malheiros, 2011, página 306) *"consiste em que a administração, ao invés de ficar adstrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado, como bem o diz Hector Jorge Escola. Nada importa, pois, que a parte aceite como verdadeiro algo que não o é ou que negue a veracidade do que é, pois no procedimento administrativo, independentemente do que haja sido aportado aos autos pela parte ou pelas partes, a administração deve sempre buscar a verdade substancial"*.

Desta forma, observo que tal busca foi incessantemente realizada ao longo do processo, tanto pela autuante, como pelo autuado, e de tal movimento, resultaram ajustes no lançamento, diante dos documentos colacionados ao processo por este último, no exercício de seu direito de defesa, e do contencioso.

Para a infração 01, entendo que diante do fato das mercadorias das notas fiscais a seguir enumeradas serem produtos destinados ao ativo imobilizado (mesa, expositores, manequins), devam ser excluídas do lançamento as notas fiscais 6587, 1247, 8814, 1856, (exercício de 2011), e 31, (exercício de 2012), diante da hipótese de incidência já analisada acima, não se referir a tais tipos de aquisição.

Já a nota fiscal 32.337, constante à fl. 269, reporta-se a operação de prestação de serviço, não alcançada pelo ICMS, o que a torna também excluída.

Quanto à nota fiscal 14.688 (fl. 273), a mesma abarca não somente mercadorias destinadas à comercialização, a se observar pelos tipos e quantidades de produtos, a exemplo de batom, gloss, kit de beleza, como, de igual modo, o produto "display mini banner unitário", não destinado à comercialização, o que implica na retirada do mesmo do cálculo realizado, vez que contrariamente ao alegado, não se caracteriza como "material promocional".

Quanto às notas fiscais em relação às quais, a empresa autuada argumentou ter havido o recolhimento do imposto, como já visto, a matéria depende única e exclusivamente da prova apresentada. Na nota fiscal 45.891, o documento de arrecadação não foi apresentado pela empresa. Já para a nota fiscal 51.097 (fl. 270), foi apresentado DAE de recolhimento no qual consta o número de tal documento com número 1104228158 (fl. 271), estando o valor do mesmo recolhido em 26 de dezembro de 2011, consoante extrato de arrecadação de fl. 252, sob o código de arrecadação 2.175, o que comprova o recolhimento ocorrido, devendo tal documento ser excluído do lançamento.

Já as notas 79.444 (fls. 276/279), teve a devolução realizada através da emissão pelo vendedor da nota fiscal 86.827 (fl. 280), 83.845 (fl. 282), 83.856 (fl. 286), 83.849 (fl. 292), 83.842 (fl. 297), 83.838 (fls. 301/302), 84.464 (fls. 306/307), 84.727 (fl. 310), 84.730 (fls. 313/314), 84.731 (fls. 318/319), 84.732 (fls. 323/324), 84.784 (fls. 328/329), cujas informações relativas à devolução não atendem ao

previsto na legislação, acatadas em parte pela autuante, consoante planilha de fl. 363. Mesma situação da nota fiscal 86.827 (fls. 280/282).

Quanto às notas 0045 e 0049 (fls. 336/337) não foram contestadas pelo contribuinte. No que tange à nota fiscal 1619 (fl. 334), a declaração firmada à fl. 333, bem como o documento de fl. 335 elidem a infração, sendo correta a sua exclusão.

Na infração 02, a alegação do sujeito passivo é a de que teria realizado pagamentos de diversas notas fiscais, em relação aos quais a autuada exclui aqueles que efetivamente haviam sido recolhidos, remanescendo valor, ainda refutado pelo sujeito passivo, especialmente as notas fiscais 1.707, 11.380, 11.642, 17.116, 17.982, e 291.228.

A primeira delas (1.707), foi pago através do DAE 1307282684 de fl. 347, recolhido em 24 de dezembro de 2013, código 1.145, na forma do extrato de fl. 254, devendo ser excluída do lançamento.

Já a nota 11.380, constante à fl. 357, a não realização da operação encontra-se comprovada pela emissão da nota fiscal 11.642, datada do dia imediatamente posterior ao da emissão, onde não haveria sequer a possibilidade de entrega da mercadoria ao destinatário, devendo, da mesma forma, ser excluída do lançamento, tal como aquela relativa à devolução.

Para a nota fiscal 17.116 (fls. 353/354), a alegação defensiva é de que a mercadoria não foi entregue ao destinatário, sendo devolvida pela nota fiscal 17.892 (fls. 355/356), mesma situação anterior, motivo também de exclusão do lançamento.

Por último, a nota fiscal 291.228, onde, de acordo com a defesa o imposto foi recolhido, o que se confirma através do DAE de fl. 347, de número 1307282684 de fl. 347, recolhido em 24 de dezembro de 2013, sob o código de receita 1.145, de acordo com o extrato de fl. 254, devendo, de igual forma, ser excluído do lançamento.

Desta maneira, do demonstrativo de fl. 364, apenas remanesce a cobrança das notas fiscais 1.172 e 239.305, o que leva a procedência parcial da infração.

Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado procedente em parte, apresentando a seguinte composição de valores:

Infração 01

setembro	2011	R\$ 123,92
dezembro	2011	R\$ 499,29
agosto	2012	R\$ 734,50
setembro	2012	R\$ 313,13
novembro	2012	R\$ 5.877,50
Total Infração 01		R\$ 7.548,34

Infração 02

novembro	2013	R\$ 1.242,45
----------	------	---------------------

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **436491.0020/14-8** lavrado contra **A. DOS SANTOS SATURNINO EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$8.790,79**, acrescido da multa de 60% prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alínea "d", e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA- PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR