

PROCESSO - A. I. N° 298921.0006/16-1
RECORRENTE - MARCOS A. A. MAGALHÃES
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0028-05/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0189-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. Dos onze pontos alegados pela empresa, apenas um foi admitido como pertinente, reduzindo o montante original cobrado. Irregularidade procedente em parte. 2. MULTA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS SUBSEQUENTES TRIBUTADAS. Dos onze pontos alegados pela empresa, três foram admitidos como pertinentes, reduzindo o montante original cobrado. Irregularidade procedente em parte. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2016, no valor de R\$ 80.598,90, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 07.01.02: Efetuou a menor o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro a março, maio, agosto, outubro e dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 62.182,13, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 07.15.05: Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, sendo aplicada multa no valor de R\$ 18.416,77, correspondente a 60% do valor do imposto não recolhido, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

A 5ª JFJ julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão JFJ nº 0028-05/23-VD (fls. 737 a 830), com base no voto a seguir transcrito:

“Embora não seja de nossa praxe produzir relatórios extensos, até em respeito ao princípio da informalidade e em atenção à objetividade que deve reger o processo administrativo tributário, esta relatoria se viu na obrigação de neste PAF reproduzir os detalhes dos pontos controvertidos trazidos pelo fisco e pelo contribuinte, até para este Colegiado ficar sabendo que a matéria foi enfrentada de lado a lado exaustivamente.

Debaixo de três linhas de sustentação, a impugnante reivindicou a nulidade da autuação, as quais serão apreciadas a partir de agora.

Acerca da suposta obscuridade da cobrança em face de erros de cálculo no demonstrativo de janeiro de 2015, para a Antecipação Parcial, precisamente dos valores lançados nas colunas “Mercadoria/Valor”, “A.Parcial/B.Cálculo”, “ICMS Integral”, “Crédito de ICMS”, além de uma diferença de três centavos no mesmo mês a título de ICMS Integral para a NF 2.616.645, emitida pela Nike do Brasil, tais inconsistências não são relevantes para comprometerem o lançamento de ofício.

Ademais, esta é uma matéria de fundo que será examinada adiante, até porque diz respeito ao aspecto quantitativo do fato gerador em si considerado, não a problemas de conformação formal da cobrança.

Primeiro argumento defensivo afastado.

Acerca de ter havido erro na consignação da data a partir da qual o imposto se tornou devido, dia 25 em vez de dia 09, como está no demonstrativo de débito do auto de infração para as duas irregularidades (Antecipação

Total e Antecipação Parcial), esta é também uma questão quantitativa de mérito que diz respeito ao cálculo dos consectários tributários, isto é, a partir de quando começarão a incidir.

Não cabe, portanto, como preliminar de nulidade, até porque tendo razão a defendente a situação se desloca para simples recálculo da dívida e retificações da data de vencimento nos sistemas fazendários de registro e liquidação do crédito tributário.

Segundo argumento defensivo afastado.

Mas há um outro tópico preliminar agitado posteriormente às fls. 422 a 432 pela impugnante: é também nula a autuação porque a auditoria inadmitiu os retornos comprovados das mercadorias, em afronta à verdade material, ao devido processo legal, ao contraditório, ao tempo em que viu cerceado o seu direito à ampla defesa.

Esta também é uma questão de mérito, de apuração dos fatos, de interpretação legislativa e de sopesamento das provas. Saber se a matéria autuada consiste em meros retornos ou devoluções não guarda conexão na caracterização formal da cobrança, a proporcionar qualquer nulidade.

Preliminares rejeitadas.

Dito isso, o Auto de Infração está de acordo com os requisitos de lei.

Defesa e demais manifestações empresariais ofertadas sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios – constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Após as diligências empreendidas, não há necessidade de se fazer uma terceira diligência, até porque, já nos últimos manifestos, as arguições foram meramente reiterativas.

Fica indeferido qualquer pedido residual neste sentido.

Passemos às questões de mérito – fatos e provas.

Não possuem força probatória os registros de entrada trazidos aos autos que estejam à margem da escrita fiscal eletrônica, produzida de acordo com o art. 247 do RICMS-BA. É na EFD que deve o contribuinte efetuar os lançamentos relacionados à sua atividade mercantil, até porque com base nestes dados o fisco poderá fazer as análises de auditoria.

Sobre os equívocos de cálculo apontados à fl. 42 dos autos e identificados nas planilhas fiscais de antecipação parcial, precisamente em janeiro de 2015, diga-se que em verdade não se vê diferenças entre o cálculo das partes quanto aos valores de ICMS devido (10.253,59), ICMS pago (4.983,38) e ICMS a pagar, este último de R\$ 5.270,21, a título de antecipação parcial com multa de 60% de R\$ 3.162,13, lançada no demonstrativo de débito do Auto de Infração.

Trata-se, portanto, de mero erro material sem reflexos na dívida lançada, o que evidentemente não compromete a higidez formal da autuação.

No que toca à diferença de R\$ 0,03 consignada no mesmo mês, a título de ICMS Integral, também para Antecipação Parcial, em relação à NF 2.616.645, emitida pela Nike do Brasil, diga-se que em verdade o erro foi cometido em desfavor do Estado e assim será analisado no mérito.

Quanto ao fato de ser consignado no auto de infração a data de vencimento como dia 25 em vez de dia 09, tanto para a irregularidade de antecipação total como a de antecipação parcial, não trouxe o contribuinte provas de que se encontrava credenciado pelo Estado para proceder ao recolhimento do ICMS no prazo reivindicado.

Este era seu ônus que não se desincumbiu, apesar das inúmeras oportunidades processuais para fazê-lo. Como esta é uma questão de fundo quantitativo, que pode repercutir ou não no cálculo da atualização da dívida, isto poderá ser decidido na segunda instância, caso haja evidências para tanto.

A autuação teve fundamento em duas irregularidades: 1. ICMS devido por Antecipação Total e 2. Multa pelo não pagamento do imposto devido a título de Antecipação Parcial.

Em síntese, a argumentação empresarial está calcada nos seguintes pontos:

- ✓ *Embora tivesse a emissão da nota fiscal da saída, as mercadorias acabaram não sendo recebidas pela autuada, retornadas para o fornecedor, sendo que este último emitiu a nota fiscal de entrada. Logo, a questão é de simples retorno das mercadorias e não de devolução propriamente dita. Aliás, para haver a circulação de mercadorias é preciso que o cliente consigne a aceitação do negócio, apondo sua assinatura no canhoto da nota fiscal de saída, algo que não ocorreu no presente caso concreto. Neste sentido, ditas notas não foram autorizadas pela autuada. Ademais, só tomou conhecimento da nota fiscal de saída no*

momento de sua efetiva apresentação pela transportadora responsável pela entrega das mercadorias. Inclusive a autuada só veio tomar ciência das notas fiscais de vendas, por ele não recebidas, a partir do recebimento do auto de infração, ao tempo em que pediu aos fornecedores que enviassem as notas fiscais de entrada.

- ✓ *Em verdade, o retorno deverá ser declarado pelo transportador ou pela própria empresa, explicando o motivo da não entrega da mercadoria no verso da 1ª (primeira) via da NFe de Saída (venda). O estabelecimento que receber em retorno a mercadoria, não entregue ao destinatário, deverá dar o seguinte tratamento fiscal: (i) emitir Nota Fiscal Eletrônica de Entrada pelo retorno da mercadoria ao seu estabelecimento; (ii) manter arquivada a 1ª (primeira) via da Nota Fiscal Eletrônica de Saída ou o DANFE); (iii) exibir ao fisco quando exigido, comprovação de que a importância eventualmente debitada ao destinatário não foi recebida em face do retorno das mercadorias.*
- ✓ *Em alguns casos ainda não se apensou aos autos a nota fiscal de entrada porque o fornecedor ainda não a enviou, apesar de solicitado por e-mail. Especificamente em dezembro de 2015, algumas notas fiscais de aquisição só foram recebidas em janeiro e fevereiro de 2016, período que estava fora da ação fiscal, sendo este o critério legal – data de recebimento – para cálculo da antecipação parcial.*
- ✓ *Há casos em que a hipótese é de substituição tributária, com cálculo e pagamento do imposto já efetuado.*
- ✓ *Há casos em que a hipótese é de inclusão no demonstrativo 2, elaborado pela fiscalização, mas erroneamente inseridos no demonstrativo 1, igualmente elaborado pela fiscalização.*
- ✓ *Há casos em que a hipótese é de aquisição de bem para integrar o ativo imobilizado.*
- ✓ *Há casos em que a hipótese é de aquisição de brindes.*
- ✓ *Há casos em que a hipótese é de aquisição de materiais para uso e consumo do próprio estabelecimento.*
- ✓ *Há casos em que a hipótese é de aquisição de serviços tributados pelo ISS e não pelo ICMS.*
- ✓ *Há casos em que a hipótese é de “extravio total” (sic.) da nota fiscal de venda, com declaração prestada pelo fornecedor neste sentido.*
- ✓ *Levando todas estas questões em conta e abatendo-se o imposto já pago antes da ação fiscal, não há nenhuma diferença a ser complementada.*

Já a réplica fiscal tem escopo nos seguintes aspectos:

As notas fiscais objeto da autuação estavam devidamente escrituradas na EFD.

As NFs 3073982, 1174988 e 61844 fizeram parte do demonstrativo analítico de Antecipação Tributária e devem ali permanecer.

Todos os pagamentos feitos em janeiro e fevereiro de 2016 a título de antecipação total e parcial foram considerados.

As notas fiscais de entrada dos fornecedores foram emitidas meses ou até um ano depois da data da saída da mercadoria, mediante solicitação por e-mail, feita após ciência da autuação.

Um fornecedor não vai expedir um documento fiscal se o adquirente não fizer o pedido. Se ele emite uma nota fiscal, pode ser cancelada em 24 horas. Basta ao cliente enviar um e-mail ao fornecedor solicitando cancelamento.

Deveria a autuada ter agido de acordo com os arts. 450 (retorno de mercadorias) e 451 e segs. (devolução de mercadorias) do RICMS-BA. Apesar do fornecedor ter usado o CFOP 2949, quando, na saída, os CFOPs usados foram o 6.101 e 6.102, houve, em verdade, devolução de mercadorias, com recebimento delas pelo autuado, portanto circulação típica de incidência do ICMS, e não meros retornos.

De acordo com o art. 89, § 17, do RICMS-BA, o contribuinte é obrigado a se manifestar sobre os documentos fiscais emitidos contra ele. Inexistindo esta iniciativa, não pode a autuada alegar que não adquiriu a mercadoria.

Tênis, sapatos, calçados, botas, sandálias e chinelos estão na antecipação total, além de pastas, mochilas e similares que portem documentos. Mochilas esportivas e mochilas para notebooks estão na antecipação parcial.

Há posicionamento da DITRI (parecer 25041/2013) no sentido de entender que nas operações interestaduais com os produtos classificados na posição 4202 da NCM, aplicar-se-á o regime de substituição tributária apenas quando se tratarem de malas e pastas para estudantes e para guarda de documentos (a exemplo de pasta classificador, pasta malote, pasta suspensa, pasta sanfonada, pasta c/ elástico, entre outros); ao contrário, tratando-se de malas e/ou sacolas para viagem, destinadas ao transporte de bagagem, ou mochilas, bolsas e case para netbook e notebook, case para ipad e iphone, entre outros, produtos estes que não se destinam à guarda de documentos ou à guarda de livros e materiais escolares, não será aplicável o regime de substituição tributária previsto nos citados protocolos (Prot. ICMS 109/09 e 28/10) e/ou no RICMS/BA, devendo tais mercadorias sofrer tributação normal.

À exceção da NF 43.948, aquisição de ativo fixo, o impugnante classificou errado as mercadorias, sendo devida para estes casos a antecipação parcial que, por não ser paga no prazo, suscitou a cobrança da multa. Então, para o documento fiscal atrás citado, cabe retirá-lo da autuação.

Dentro da rotina de comercialização das mercadorias, o contribuinte contata com o departamento de vendas do fornecedor para realizar uma aquisição. É feito o pedido com os dados cadastrais. O vendedor emite as faturas do pedido que pode ser à vista ou parcelado. Feito o pagamento à vista ou pago a 1ª parcela, o pedido é liberado para expedição. Na data da saída, é emitida a Nota Fiscal Eletrônica de Saídas. Neste momento, também, a NFe é enviada para o banco de dados da fiscalização, autorizada pela Receita Federal e SEFAZ de origem. O adquirente é informado com o fito de conferir a mercadoria que vai ser despachada para ele. Neste momento teve a autuada acesso aos dados da nota fiscal e descrição dos produtos nela existentes. Depois disso, por algum motivo justificável, o fornecedor ou o cliente conta com o prazo de 24 horas para cancelar o documento fiscal; nada ocorrendo, a nota fiscal é autorizada, faz-se o pagamento do negócio (à vista ou a prazo), dá-se o fato gerador do ICMS. Logo, ao saber da existência da operação e ter acessado as mercadorias, a autuada deveria ter emitido a nota fiscal de devolução, sem influência na conta gráfica do imposto. O procedimento adotado meses depois é irregular.

A declaração prestada pelo fornecedor de “extravio total” refere-se a nota fiscal que não fez parte da cobrança ora sob julgamento.

Neste esforço de sintetização do contraditório, é de se examinar cada questão merecedora de discussão.

*Registre-se logo que a análise instrutória teve como fulcro principal a verificação dos arquivos excell **trazidos pelo contribuinte e juntados no CD de fl. 609** após a diligência proclamada pela 5ª JFJ no sentido de: (i) intimar o defendente para fundamentar suas alegações em arquivo excell para facilitar a sua análise; (ii) dar vistas para o autuante fazer um enfrentamento **objetivo e circunstanciado** dos elementos defensivos; (iii) devolver o processo para nova manifestação do autuado; (iv) por último, cientificar o fisco para prestar novo informativo.*

Foram examinadas cópias de notas fiscais acostadas às fls. 294 a 400, fls. 433 a 441 e fls. 493 a 577 para também ser feito o juízo de convicção.

A propósito, foram identificadas notas fiscais sem indicação nas manifestações da impugnante, com número da folha dos autos entre parêntesis: 001174030 (304), 23789 (305 e 347),

Também é importante assinalar que a autuada é uma empresa varejista de artigos esportivos, vestuário, acessórios e calçados. Quanto a isso não há discussão. Portanto, é sob este prisma que a apreciação será feita.

***Ponto (i) -** Uma das questões primordiais reside em saber se cabe a antecipação total ou parcial em notas fiscais de saída emitidas pelos fornecedores da autuada mas que acabaram recusadas por esta última, **com repercussão nas infrações 01 e 02**. Se o tratamento jurídico-tributário for de simples retornos de mercadorias inaceitas, descabem a antecipação total e parcial. Se a hipótese for de devolução de mercadorias **fora do mês de recebimento**, é pertinente a cobrança da antecipação total e parcial e, conseqüentemente, quanto a antecipação parcial, a multa em face do não recolhimento do imposto no prazo previsto.*

É preciso deixar claro que o fisco não demonstrou cabalmente que as notas fiscais em jogo, com alegação de não recebidas, foram efetivamente lançadas na escrita fiscal digital, posto que dispunha da base de dados fazendária para assim proceder.

Tampouco a fiscalização demonstrou objetivamente que as notas fiscais foram efetivamente autorizadas pelo destinatário, apesar de contar com instrumentos para assim deixar evidente no PAF. Destarte, não pode invocar em seu favor o comando contido no art. 89, § 17, do RICMS-BA.

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

*O fato gerador do ICMS costuma ser a transmissão de propriedade da mercadoria. Na simples recusa de recebimento por parte do cliente, não há que se falar em desfazimento da operação. Mesmo que a mercadoria se desloque fisicamente até o seu destino e, por algum motivo, seja rejeitada pelo adquirente, sem este formalizar o ingresso em seus estoques, **inocorreu a tradição**, logo não há que se falar em dever de pagar a antecipação total ou parcial.*

Por outro lado, a autuada juntou as notas fiscais de entrada emitidas por seus fornecedores, deixando claro o seu reingresso em seus estoques. Fornecedor nenhum iria expedir nota de entrada se a mercadoria realmente não voltasse para o seu patrimônio, pois a entrada fictícia o deixaria vulnerável a cobranças por parte do fisco de origem.

Neste diapasão, resta caracterizado que a situação não se trata de devolução de produtos, com perfectibilização da aquisição e posterior desfazimento. A hipótese é de simples retorno, nos moldes do art. 450 regulamentar, abaixo transcrito:

Art. 450. O contribuinte que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá:

I - emitir nota fiscal, por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário: número, série, data da emissão e valor da operação;

II - lançar a nota fiscal emitida na forma do inciso I do caput no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", quando for o caso.

§ 1º O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria nota fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria

Assim, para a infração 01, são estas as notas fiscais que se enquadram nesta linha defensiva:

Janeiro de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Valor cobrado
2590817	Nike	113522	8622,43
2618110	Nike	113011	9018,48
		Total mês	17.640,91

Como neste mês, para esta infração, foi cobrado R\$ 13.254,11, nada deve o contribuinte.

Fevereiro de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Valor cobrado
2629349	Nike	114426	1.491,67
2654701	Nike	114424	1.095,20
2654189	Nike	114428	216,61
2654699	Nike	114429	630,85
2657713	Nike	114425	não achada
65172	Adidas	2086	717,70
1044643	Adidas	21149	644,05
		Total mês	4.796,08

Neste mês não foi encontrado nos autos a NF de saída 2657713, da Nike, e correspondente NF de entrada 114425.

Como neste mês, para esta infração, foi cobrado R\$ 1608,21, nada deve o contribuinte.

Março de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Valor cobrado
66052	Adidas	2103	875,17
66643	Adidas	2098	391,49
2677348	Nike	119116	505,43
2700455	Nike	116472	270,95
34243	Mega Group	37417	885,12
		Total mês	2.928,16

Como neste mês, para esta infração, foi cobrado R\$ 459,64, nada deve o contribuinte.

Mai de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Valor cobrado
1082529	Adidas	21772	530,25
247584	Asics	10800	445,84
248454	Asics	10814	408,69
28844	Brands House	30256	767,13
29452	Brands House	30257	347,74
		Total mês	2.499,65

Como neste mês, para esta infração, foi cobrado R\$ 2.231,78, nada deve o contribuinte.

Agosto de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Valor cobrado
----------	------------	------------	---------------

720929	Vulcabras	794687	115,73
1117849	Adidas	22712	166,76
1117393	Adidas	22716	453,10
		Total mês	735,59

Como neste mês, para esta infração, foi cobrado R\$ 738,73, ainda deve o contribuinte R\$ 3,14. Mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Outubro de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Valor cobrado
1144185	Adidas	23473	3.638,56
90375	Adidas	2684	297,34
1146510	Adidas	23450	391,86
		Total mês	4.327,76

Como neste mês, para esta infração, foi cobrado R\$ 4510,57, ainda deve o contribuinte R\$ 182,81. Mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Dezembro de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Valor cobrado
310400	Asics	12053	3285,25
		Total mês	3285,25

Como neste mês, para esta infração, foi cobrado R\$ 39.379,09, ainda deve o contribuinte R\$ 36.093,84. Mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Já para a infração 02, são estas as notas fiscais que se enquadram nesta linha defensiva:

Janeiro de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Ant. Parcial	Multa cobrada
2590636	Nike	113520	35,77	21,46
2590926	Nike	113521	154,41	92,65
2616645	Nike	113012	3.257,09	1.954,25
			Total mês	2.068,36

Portanto, como a fiscalização cobrou R\$ 3162,13 de multa para este mês, o contribuinte ainda deve R\$ 1093,77. Mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Fevereiro de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Ant. Parcial	Multa cobrada
2654700	Nike	114430	52,32	31,39
			Total mês	31,39

Portanto, como a fiscalização cobrou R\$ 1962,28 de multa para este mês, o contribuinte ainda deve R\$ 1930,89. Mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Março de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Ant. Parcial	Multa cobrada
2677349	Nike	119117	29,54	17,72
2710905	Nike	114431	812,86	487,71
			Total mês	505,44

Portanto, como a fiscalização cobrou R\$ 1198,31 de multa para este mês, o contribuinte ainda deve R\$ 692,87. Mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Abril de 2015:

Não há indicação da empresa para esta infração de nota fiscal não recebida neste mês.

Portanto, o contribuinte ainda deve R\$ 1213,36, mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Maio de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Ant. Parcial	Multa cobrada
2493	UA Brasil	4462	781,29	468,77
			Total mês	468,77

Portanto, como a fiscalização cobrou R\$ 1106,68 de multa para este mês, o contribuinte ainda deve R\$ 637,91. Mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Junho de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Ant. Parcial	Multa cobrada
2932	UA Brasil	4481	29,49	17,69
3055	UA Brasil	04415	4,09	2,45
3530	UA Brasil	04996	471,92	283,15
			Total mês	303,30

Portanto, como a fiscalização cobrou R\$ 1236,35 de multa para este mês, o contribuinte ainda deve R\$ 933,05. Mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Julho de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Ant. Parcial	Multa cobrada
1102130	Adidas	22326	599,47	359,68
			Total mês	359,68

Portanto, como a fiscalização cobrou R\$ 976,04 de multa para este mês, o contribuinte ainda deve R\$ 616,36. Mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Agosto de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Ant. Parcial	Multa cobrada
1118594	Adidas	22718	133,51	80,11
			Total mês	80,11

Portanto, como a fiscalização cobrou R\$ 616,96 de multa para este mês, o contribuinte ainda deve R\$ 536,85. Mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Setembro de 2015:

Não há indicação da empresa para esta infração de nota fiscal não recebida neste mês.

Portanto, o contribuinte ainda deve R\$ 653,02, mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Outubro de 2015:

NF saída	Fornecedor	NF entrada	Ant. Parcial	Multa cobrada
1144501	Adidas	23453	1.472,36	883,42
1144502	Adidas	23451	1.310,91	786,55
1147814	Adidas	23452	0,00	0,00 (NF não achada)
			Total mês	1.669,96

Neste mês não foi encontrado nos autos a NF de saída 1147814, da Adidas, e correspondente NF de entrada 23452.

Portanto, como a fiscalização cobrou R\$ 2488,27 de multa para este mês, o contribuinte ainda deve R\$ 818,31. Mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Novembro de 2015:

Não há indicação da empresa para esta infração de nota fiscal não recebida neste mês.

Portanto, o contribuinte ainda deve R\$ 1785,22, mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Dezembro de 2015:

Não há indicação da empresa para esta infração de nota fiscal não recebida neste mês.

Portanto, o contribuinte ainda deve R\$ 2018,15, mas ainda resta apreciar outros pontos defensivos.

Argumento defensivo procedente em parte.

Ponto (ii) - Acerca das aquisições de produtos tidos pelo impugnante como pertencentes ao ativo fixo, examinou-se os elementos instrutórios e esta relatoria chegou à conclusão de que ditos produtos foram classificados erradamente, pois se tratam de mercadorias para comercialização, sujeitas à antecipação parcial. Faça-se uma exceção à NF 43948, atinente a maio de 2015, realmente aquisição de ativo imobilizado, com autuação de R\$ 2,94 a título de multa, que devem ser retirados da autuação. **Esta situação apenas se aplica à infração 02.**

Os outros três casos alegados – em face das NFs 4988525 (janeiro de 2015), 16098 (abril de 2015) e 17327 (agosto de 2015) – não tem como se averiguar se são bens do ativo fixo ou não, por falta de elementos probatórios de ônus por parte da impugnante.

Argumento defensivo procedente em parte.

Ponto (iii) - O mesmo se diga em relação às notas fiscais de aquisição de materiais de uso e consumo, NFs 1773227 (setembro de 2015) e 90012 (outubro de 2015). Ditos documentos fiscais não foram juntados no processo, não sendo possível averiguar se são materiais de uso e consumo. **Esta situação apenas se aplica à infração 02.**

Argumento defensivo improcedente.

Ponto (iv) - Outro ponto a ser apreciado é a aquisição de serviços, do tipo não tributado pelo ICMS, conforme se verifica na NF 235972, de prestação de serviços emitida em maio de 2015 pelo Instituto Fenacon, antecipação parcial de R\$ 21,50, multa de R\$ 12,90. Compulsando o documento junto à fl. 303, de fato se trata de serviço tributado pelo ISS, devendo ser retirado da exigência. **Apenas há reflexo deste ponto na infração 02.**

Argumento defensivo procedente.

Ponto (v) - No tocante às operações tratadas como recebimento de brindes pelo impugnante, NFs 494623 e 199275, de agosto e novembro de 2015, respectivamente, a razão está do lado do Estado. Na realidade, não se pode confundir mercadorias que constituem brindes com mercadorias que configuram bonificação. Os primeiros precisam seguir as normas prescritas nos arts. 388 e 389 do RICMS-BA. As últimas integraram uma transação que possui valor comercial, portanto base imputável pelo ICMS.

Argumento defensivo improcedente.

Ponto (vi) - Uma outra questão principal envolve saber se os produtos autuados pertencem ao campo da substituição tributária (feita na origem [com pagamento do ICMS-ST por GNRE] ou no destino) ou pertencem ao campo da antecipação parcial.

Evidentemente, aquelas notas fiscais que não fizeram parte da autuação não vão ser objeto de apreciação.

Em face da infração 01, cobrança da antecipação total, são estas as considerações da relatoria, para este ponto específico:

Os documentos fiscais assinalados pelo impugnante na planilha encartada no CD de fl. 609 que atinam para pagamento na origem pelo fornecedor, através de GNRE, não fizeram parte da autuação.

Nesta mesma planilha, não há casos de notas fiscais que o fisco considerou como caso de antecipação total mas o contribuinte entendeu como caso de antecipação parcial.

Logo este ponto específico **não afeta** o valor cobrado na infração 01.

Em face da infração 02, cobrança da multa pelo não pagamento da antecipação parcial no prazo, são estas as considerações da relatoria, para este ponto específico:

As notas fiscais relacionadas que, segundo o impugnante, constituem caso de substituição tributária na entrada (antecipação total), com imposto já pago, e não de antecipação parcial, são as seguintes:

Mês	NF	Valor cobrado	Produto
jan/15	215777		
fev/15	96757		
fev/15	63239		
mar/15	1044519		
mar/15	2670886		
mar/15	97558		
abr/15	642519		
abr/15	98250		
mai/15	665040		
mai/15	654911		
mai/15	2801554		
jun/15	100006		
jun/15	2816203		
jun/15	101725		
jun/15	2822185		
jul/15	1001891		
jul/15	2850121		
ago/15	289496		
ago/15	2899916		
set/15	692342		
set/15	2913781		
set/15	103557		
set/15	103574		
nov/15	104513		

nov/15 104665
dez/15 3057763

Não houve neste particular uma contestação empresarial detalhada, elucidativa e contundente, com apresentação de evidências convincentes. Examinando as questões postas lado a lado, a conclusão é no sentido de que a fiscalização seguiu o entendimento esposado pela DITRI, a partir do parecer 25.041/2013 que, em sua essência, pontua o seguinte, *ipsis litteris*:

“ICMS. PROTOCOLOS 109/09 e 28/10. Nas operações interestaduais com os produtos classificados na posição 4202 da NCM, aplicar-se-á o regime de substituição tributária apenas quando se tratarem de maletas e pastas para estudantes e para guarda de documentos. A inclusão de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária pressupõe necessariamente a sua adequação à NCM e à descrição e destinação constantes da norma respectiva, simultaneamente.”

Argumento defensivo improcedente.

Ponto (vii) - Sustenta o impugnante, por outro lado, que muitas notas fiscais listadas na planilha fiscal já foram objeto de pagamento da antecipação parcial na data aprazada, sendo indevida a multa de 60% exigida.

São estas as notas fiscais apontadas pelo contribuinte, abaixo relacionadas por mês:

Janeiro de 2015: NFs 28016, 2589766, 2589807, 2590193, 28178, 2598601 e 2599242.

Fevereiro de 2015: NFs 2602128, 2609993, 261008, 16735, 217549, 8150, 2617883, 2618362, 2652508, 2626047, 17366, 4781, 2635370, 2635790, 2636531, 2645256 e 264257.

Março de 2015: NFs 2670885, 632600, 2673038, 1053483, 2604080, 2684725 e 2676545.

Abril de 2015: NFs 2704948, 2704971, 2709887, 1074946, 647021, 2726449, 2726546, 2727252, 2729311, 2736847, 229511, 2727612, 2545903 e 276016.

Mai de 2015: NFs 2749747, 2751562, 1075811, 2773512, 2773858, 2780094, 2781822, 2788854, 1107684, 1078904, 2796516, 2796517 e 2801711.

Junho de 2015: NFs 2804170, 2804687, 2804834, 2804835, 2810129, 2810224, 36793, 18958, 2813403, 2817971, 2818454, 2822427, 2822428, 2822429, 2822430, 2822431, 18846, 2829223, 2829253, 2826136 e 2829310.

Julho de 2015: NFs 1092423, 1092494, 1093520, 2838904, 2861176, 19711, 2867300, 2867301, 2867302, 2867303 e 1153638.

Agosto de 2015: NFs 1102078, 19961, 40323, 2886471, 2890247, 2890248, 96369 e 64620.

Setembro de 2015: NFs 5693, 691381, 1120951, 1179998, 1179999, 691973, 96974, 1125753, 1127863 e 26961.

Outubro de 2015: NFs 20004, 1132714, 252047, 2950056, 2950537, 704170, 2953679, 2953940, 2953987, 704423, 2958734, 2958735, 2964419, 7751, 1141302, 45685, 2967986, 2968974, 707446, 528763, 3773, 1209744 e 7913.

Novembro de 2015: 1146717, 2982585, 2982740, 2989036, 2989208, 2992902, 69669, 8693, 3009018, 1216019, 98551, 3009018, 8888, 3018519, 717452, 2997026, 2993452 e 3004135.

Dezembro de 2015: 1229466, 9671, 3036351, 66278, 3039165, 3042709, 3042859, 3036140, 20813, 197787, 3042877, 1161682, 1161683, 1161861, 3047125, 3049157, 3049322, 10124, 3058541, 3057312, 1166699, 1168337, 1237114, 1237235, 1237494, 99222 e 3066108.

Acerca deste aspecto da defesa, tem-se a dizer que o contribuinte alegou mas não conseguiu fazer a correlação probatória entre os comprovantes de arrecadação e os documentos fiscais relacionados pelo fisco com status de antecipação parcial não adimplida no prazo regulamentar. Registros e conferências de entrada que não sejam no formato da EFD não podem garantir que as notas fiscais sujeitas à antecipação parcial foram inseridas para fins de cálculo do imposto devido por antecipação parcial.

Argumento defensivo improcedente.

Ponto (viii) - Já em relação aos meses de novembro e dezembro de 2015, o impugnante argumenta que algumas notas fiscais foram recebidas em 2016, sendo que neste caso o pagamento da antecipação parcial seria feito depois do final de 2015, fora do período alcançado pela autuação.

São estes os documentos fiscais:

Mercadorias recebidas em janeiro de 2016: NFs 728103 (cobradas em novembro de 2015), 71442, 3073997, 3073982, 1174988 e 61844 (cobradas em dezembro de 2015).

Mercadorias recebidas em fevereiro de 2016: NF 734528 (cobradas em dezembro de 2015).

Pelo exame dos elementos carreados ao processo, diga-se que mais uma vez o contribuinte alegou, mas não conseguiu fazer a correlação probatória entre os documentos fiscais alcançados pelo fisco e a demonstração do recebimento no exercício de 2016. Registros e conferências de entrada que não sejam no formato da EFD não podem garantir que as mercadorias foram recepcionadas para além do exercício auditado.

Aliás, a nota fiscal que tem a data mais próxima do final do ano de 2015 é a de nº 3073997, vinda de São Paulo, emitida em 21.12.2015. As demais apontadas pelo impugnante foram emitidas de 18.12.2015 para trás, algumas em novembro. Não soa razoável, salvo demonstração cabal em contrário que os produtos adquiridos demorem tanto tempo para circular e cheguem ao seu destino.

Argumento defensivo improcedente.

Ponto (ix) - Sobre a declaração prestada pelo fornecedor (fl. 353), Alpargatas S/A, relacionada à NF 461162, emitida em 04.6.2015, dando conta de que a nota fiscal de saída sofreu extravio total, afirma o fisco ser questão irrelevante para este PAF, visto que o citado documento fiscal não foi objeto de autuação.

De fato, conforme pode se extrair das planilhas fiscais do CD2 de fl. 348, referida NF, oriunda da Paraíba, está sim inserida na relação levantada pelo fisco para fins de confrontação entre o devido e o recolhido a título de antecipação total.

Entretanto, o fisco sequer lançou qualquer diferença de imposto devido no mês de junho de 2015, para a infração 01, conforme se vê do demonstrativo de débito do auto de infração.

Argumento defensivo improcedente.

Ponto (x) - Acerca da NF 2616645, de janeiro de 2015, erro de cálculo de R\$ 0,03 cometido pela fiscalização em demonstrativo por ela elaborada, coluna "ICMS Integral", o equívoco veio em desfavor do Estado, pois a antecipação parcial – e a multa correspondente – seria maior, frações de centavos maior do que aquela calculada para a infração 02.

Argumento defensivo improcedente.

Ponto (xi) - Quanto ao somatório equivocado feito para o mês de janeiro de 2015, apontado à fl. 42 do PAF, em verdade não se vê diferenças entre o cálculo das partes quanto aos valores de ICMS devido (10.253,59), ICMS pago (4983,38) e ICMS a pagar, este último de R\$ 5.270,21, a título de antecipação parcial com multa de 60% de R\$ 3.162,13, lançada no demonstrativo de débito do Auto de Infração.

Trata-se, portanto, de mero erro material sem reflexos na dívida lançada.

Argumento defensivo improcedente.

Pelo exposto, é o auto de infração julgado PROCEDENTE EM PARTE, à vista da análise dos pontos (i) a (xi) expostos na fundamentação, de modo que, para fins de liquidação, fica deste jeito a demonstração quantitativa da parte considerada procedente:

Infração 01

Mês	Vlr. Lançado	ponto (i)	ponto (ii)	ponto (iii)	ponto (iv)	ponto (v)	ponto (vi)	ponto (vii)	ponto (viii)	ponto (ix)	ponto (x)	ponto (xi)	Vlr. Proced.
jan/15	13254,11	17640,91	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
fev/15	1608,21	4796,08	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
mar/15	459,64	2928,16	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
mai/15	2231,78	2499,65	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
ago/15	738,73	735,59	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3,14
out/15	4510,57	4327,76	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	182,81
dez/15	39379,09	3285,25	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	36093,84
												Total	36279,79

Infração 02

Mês	Vlr. Lançado	ponto (i)	ponto (ii)	ponto (iii)	ponto (iv)	ponto (v)	ponto (vi)	ponto (vii)	ponto (viii)	ponto (ix)	ponto (x)	ponto (xi)	Vlr. Procedente
jan/05	3162,13	2068,36	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1093,77
fev/15	1962,28	31,39	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1930,89
mar/15	1198,31	505,44	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	692,87
abr/15	1213,36	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1213,36
mai/15	1106,68	468,77	2,94	0	12,9	0	0	0	0	0	0	0	622,07
jun/15	1236,35	303,3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	933,05
jul/15	976,04	359,68	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	616,36
ago/15	616,96	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	616,96
set/15	653,02	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	653,02
out/15	2488,27	1669,66	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	818,61
nov/15	1785,22	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1785,22
dez/15	2018,15	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2018,15
												Total	12.994,33

De modo que a infração 01 é julgada procedente em parte no valor de R\$ 36.279,79 e a infração 02 é julgada

procedente em parte no valor de R\$ 12.994,33, totalizando R\$ 49.274,12, mais os consectários.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 839 a 850), no qual alegou que não houve comercialização de fato das mercadorias não recebidas, posto que recusadas com as justificativas de praxe, com a emissão de notas fiscais de entradas pelos fornecedores, não sendo o caso de obedecer o rito estabelecido para as devoluções.

Disse que tal alegação se corrobora principalmente quanto a Nota fiscal prevista no “Ponto i” da Decisão recorrida, que sustenta que a nota do mês de dezembro de 2015 da fornecedora ASICS não teve sua comprovação dos Autos como sendo o caso de devolução.

⇒ ASICS BRASIL DIST. E COM. DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA

Nº DA NFE DE ENTRADA	VALOR TOTAL DA NFE DE ENTRADA	INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES
000010814	1.894,92	EMIÇÃO ORIGINAL NF-e 10 248454
000010800	1.894,92	EMIÇÃO ORIGINAL NF-e 10 247584
000012053	19.325,02	EMIÇÃO ORIGINAL NF-e 10 310400

Asseverou que, além da natureza das operações, alguns fornecedores relacionados a seguir fizeram questão de incluir no campo intitulado de “*Informações Complementares*” das notas fiscais eletrônicas de entradas o motivo, ou seja, a prova que as mercadorias de fato não foram recebidas, mas sim, recusadas pela empresa autuada, por motivos diversos: recusadas, falta de pedido, retorno, entre outros:

⇒ ADIDAS DO BRASIL LTDA

Nº DA NFE DE ENTRADA	VALOR TOTAL DA NFE DE ENTRADA	INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES
000.002.684	1.511,82	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.002.098	1.990,44	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.002.103	1.990,44	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.002.086	4.644,34	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.023.789	3.261,36	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.023.450	1.891,56	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.023.451	13.109,10	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.023.453	14.723,55	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.023.473	21.403,29	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.022.718	1.335,12	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.022.712	847,92	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.022.716	1.925,85	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.022.326	5.994,67	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.021.772	2.253,60	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.021.149	2.737,32	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF
000.023.452	2.079,84	MERC. RECUSADA PELO CLIENTE REM. COM NOSSA NF

⇒ BRANDS HOUSE INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA

NATUREZA DA OPERAÇÃO OUTRA ENTRADA DE MERCADORIA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO ESPE.

Nº DA NFE DE ENTRADA	VALOR TOTAL DA NFE DE ENTRADA	INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES
000.030.256	2.944,44	RETORNO REFERENTE A NF 28.844
000.030.257	1.417,68	RETORNO REFERENTE A NF 29.452

⇒ UA BRASIL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA

Nº DA NFE DE ENTRADA	VALOR TOTAL DA NFE DE ENTRADA	INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES
000.004.481	294,96	DEV. DE MERCADORIA NÃO ENTREGUE NF DE ORIGEM
4415	40,92	RETORNO REFERENTE A NF 3055
4462	7.812,91	RETORNO REFERENTE A NF 2493

⇒ VULCABRAS AZALEIA – CE CALC E ART ESP S/A

Nº DA NFE DE ENTRADA	VALOR TOTAL DA NFE DE ENTRADA	INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES
794687	874,68	MOT. FALTA DE PEDIDO DE COMPRA

Acrescentou que os demais fornecedores relacionados a seguir indicaram no campo intitulado de “*Informações Complementares*” os números das notas fiscais eletrônicas de saída a que se referia a NF-e de entrada:

⇒ ASICS BRASIL DIST. E COM. DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA

Nº DA NFE DE ENTRADA	VALOR TOTAL DA NFE DE ENTRADA	INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES
----------------------	-------------------------------	----------------------------

000010814	1.894,92	EMISSÃO ORIGINAL NF-e 10 248454
000010800	1.894,92	EMISSÃO ORIGINAL NF-e 10 247584
000012053	19.325,02	EMISSÃO ORIGINAL NF-e 10 310400

⇒ MEGA GROUP INTERNACIONAL INDUSTRIA COMERCIO IMPORTAÇÃO E EXP.

Nº DA NFE DE ENTRADA	VALOR TOTAL DA NFE DE ENTRADA	INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES
000.037.417	3.762,00	EMISSÃO ORIGINAL NF-e 10 248454

⇒ ALPARGATAS S/A.

Nº DA NFE DE ENTRADA	VALOR TOTAL DA NFE DE ENTRADA	INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES
000.152.695	1.821,36	NF ORIGINAL 559417 - REMESSA

⇒ NIKE DO BRASIL COM. PART. LTDA

Nº DA NFE DE ENTRADA	VALOR TOTAL DA NFE DE ENTRADA	INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES
000.119.117	295,44	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002677349
000.119.116	2.569,84	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002677348
000.119.472	1.377,60	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002700455
000.114.431	8.128,56	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002710905
000.114.430	523,20	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002654700
000.114.429	3.012,64	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002654699
000.114.428	1.101,36	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002654189
000.114.426	4.149,83	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002629349
000.114.425	2.001,81	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002657713
000.114.424	4.654,86	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002654701
000.113.522	35.678,47	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002590817
000.113.521	1.544,10	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002590926
000.113.520	357,72	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002590636
000.113.012	32.570,85	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002616645
000.113.011	41.418,33	TEXTO LEGAL REFERENTE NOTA FISCAL Nº 002618110

Reitera que se trata de um fato relevante, sob o argumento de que não pode o Fisco estadual cobrar a incidência de ICMS sem a comercialização das mercadorias, portanto, sem a devida circulação das mercadorias, caso contrário, estar-se-ia colocando em risco o processo administrativo fiscal e, por consequência, provando insegurança jurídica, prática que não é aceita pela justiça e nem pela fumaça do bom direito.

Requeru a admissibilidade e provimento do Recurso Voluntário, para que seja reformado o Acórdão JJF nº 0028-05/23-VD, para julgar improcedente o Auto de Infração.

Registro o impedimento do Conselheiro Presidente Eduardo Ramos de Santana, tendo sido substituído pelo Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo.

VOTO

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração exige imposto e multa pelo recolhimento a menor do ICMS relativo à antecipação tributária, bem como aplica multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, com saída posterior tributada normalmente.

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto apurado conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O Autuante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

O Autuado apresentou relação com diversas notas fiscais de seus fornecedores com o argumento de que as mercadorias não adentraram o seu estabelecimento, tendo sido objeto de emissão de nota fiscal de entrada por seus fornecedores.

Como já explicitado na Decisão recorrida, *“Se o tratamento jurídico-tributário for de simples retornos de mercadorias inaceitas, descabem a antecipação total e parcial. Se a hipótese for de devolução de mercadorias fora do mês de recebimento, é pertinente a cobrança da antecipação total e parcial e, conseqüentemente, quanto a antecipação parcial, a multa em face do não recolhimento do imposto no prazo previsto”*.

No caso em tela, vejo que se trata de retornos de mercadorias recusadas, cujo retorno deve obedecer a inteligência do Art. 450 do RICMS/12, *in verbis*:

“Art. 450. O contribuinte que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá:

I - emitir nota fiscal, por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário: número, série, data da emissão e valor da operação;

II - lançar a nota fiscal emitida na forma do inciso I do caput no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Crédito do Imposto”, quando for o caso.

§ 1º O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria nota fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria.”

Saliento que o fato gerador do imposto relativo à antecipação tributária, seja total ou parcial, incide na entrada das mercadorias no estabelecimento do adquirente, sendo, portanto, anterior à comercialização das mercadorias.

Ressalto, entretanto, que quase todas as notas fiscais relacionadas no Recurso Voluntário foram excluídas da autuação pela Decisão ora recorrida, exceto as seguintes:

- 1) Nota Fiscal de Saída nº 1.147.814, relacionada à Nota Fiscal de Entrada nº 23.452, emitidas por ADIDAS DO BRASIL LTDA (fls. 346, 541 e 542);
- 2) Nota Fiscal de Saída nº 1.174.030, relacionada à Nota Fiscal de Entrada nº 23.789, emitida por ADIDAS DO BRASIL LTDA (fls. 304, 305 e 306);
- 3) Nota Fiscal de Saída nº 559.417, relacionada à Nota Fiscal de Entrada nº 152.695, emitidas por ALPARGATAS S/A (fls. 349, 350 e 351);
- 4) Nota Fiscal de Saída nº 2.657.713, relacionada à Nota Fiscal de Entrada nº 114.425, emitidas por NIKE DO BRASIL COM. PART. LTDA (fl. 569).

As Notas Fiscais nºs 1.147.814 e 1.174.030, exigidas nos respectivos meses de outubro e dezembro de 2015, referente à antecipação parcial (shorts), Infração 02, e total (tênis), Infração 01, devem ser excluídas da autuação, cujos valores exigidos foram, respectivamente, R\$ 162,24 (60% de R\$ 270,40) e R\$ 767,36.

Já as Notas Fiscais nºs 559.417 e 2.657.713, ambas relativas à antecipação total, Infração 01, se referem aos respectivos meses de novembro e fevereiro de 2015, os quais não estão em lide, seja porque não foi objeto da autuação ou por ter sido excluído pela Decisão recorrida.

As Notas Fiscais nºs 247.584 e 248.454 foram excluídas no mês de agosto de 2015 e a Nota Fiscal nº 310.400 no mês de dezembro de 2015, todas emitidas pela ASICS BRASIL DIST. E COM. DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA e exigidas na Infração 01.

E o mesmo aconteceu com as demais notas fiscais relacionadas pelo Autuado.

E o mesmo aconteceu com as demais notas fiscais relacionadas pelo Autuado.

Abatendo os valores exigidos em relação às Notas Fiscais n^{os} 1.147.814 e 1.174.030, as Infrações 01 e 02 ficam reduzidas, respectivamente, para os valores de R\$ 35.512,43 e R\$ 12.832,09, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	Infração 01			Infração 02		
	Valor Auto de Infração	Valor 5ª JJF	Valor 2ª CJF	Valor Auto de Infração	Valor 5ª JJF	Valor 2ª CJF
31/01/2015	13.254,11	-	-	3.162,13	1.093,77	1.093,77
28/02/2015	1.608,21	-	-	1.962,28	1.930,89	1.930,89
31/03/2015	459,64	-	-	1.198,31	692,87	692,87
30/04/2015	-	-	-	1.213,36	1.213,36	1.213,36
31/05/2015	2.231,78	-	-	1.106,68	622,07	622,07
30/06/2015	-	-	-	1.236,35	933,05	933,05
31/07/2015	-	-	-	976,04	616,36	616,36
31/08/2015	738,73	3,14	3,14	616,96	616,96	616,96
30/09/2015	-	-	-	653,02	653,02	653,02
31/10/2015	4.510,57	182,81	182,81	2.488,27	818,61	656,37
30/11/2015	-	-	-	1.785,22	1.785,22	1.785,22
31/12/2015	39.379,09	36.093,84	35.326,48	2.018,15	2.018,15	2.018,15
Valor Total	62.182,13	36.279,79	35.512,43	18.416,77	12.994,33	12.832,09

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, de forma a julgar a Infração 01 no valor histórico de R\$ 35.512,43 e a Infração 02 no valor de R\$ 12.832,09.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n^o 298921.0006/16-1, lavrado contra **MARCOS A. A. MAGALHÃES**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 35.512,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei n^o 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pecuniária no valor de **R\$ 12.832,09**, prevista no inciso II, “d” do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei n^o 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2024.

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS