

A. I. Nº - 080556.0003/15-5
AUTUADO - ACUMULADORES MOURA S.A.
AUTUANTE - VANILDA SOUZA LOPES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 18.07.2016

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0106-01/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração reconhecida. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Apesar de o autuado estabelecido no Estado de Pernambuco estar obrigado a efetuar a retenção do ICMS-ST, em face da operação com as mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº 75563 se encontrar sujeita à substituição tributária, nos termos do Protocolo ICMS 97/10, do qual são signatários os Estados da Bahia e Pernambuco, não o fez. Neste caso, correta a exigência do ICMS-ST conforme inicialmente consignado no Auto de Infração. Entretanto, considerando que houve o desfazimento do negócio por parte do destinatário, que devolveu as mercadorias através da Nota Fiscal de Devolução nº 21888, de 07/06/2013, descabe a exigência. Conforme aduzido pelo impugnante não faz o menor sentido obrigá-lo a efetuar o recolhimento do ICMS-ST para posteriormente pedir o ressarcimento/restituição, em face da inocorrência do fato gerador presumido referente à Nota Fiscal nº 75563. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2015, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$28.787,05, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no mês de agosto de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.439,20, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas por contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de março, abril, junho a agosto e novembro de 2013, junho a agosto de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$23.347,85, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa às fls. 27 a 37 dos autos. Consigna que, apesar de possuir sistemas complexos integrados de controles fiscais, contábeis e

financeiros para fazer cumprir as suas obrigações, acabou por, equivocadamente, deixar de recolher o ICMS-Substituição Tributária em diversas notas fiscais.

Diz que, assim sendo, reconhecendo o erro que cometeu e preocupado em fazer cumprir as suas obrigações tributárias, realizou o pagamento de todos os débitos que reconhece ter deixado de recolher no momento oportuno e que são devidos, conforme comprovantes de pagamento acostados aos autos, referentes às Notas Fiscais que discrimina.

Ressalta que entre as notas fiscais apontadas com ICMS-Substituição que não foi retido, no exercício de 2013, houve a indevida inclusão da Nota Fiscal nº 75563, destinada à AUTOBATE COM. BATERIAS PLACAS ACESS. LTDA, pois a mercadoria não foi aceita pelo adquirente, sendo devolvida através da Nota Fiscal nº 21888.

Explica que foi emitido o DANFE nº 75563, em 05/06/2013, referente à comercialização que realizou com a AUTOBATE COM. BATERIAS PLACAS ACESS. LTDA, entretanto, ao conferir a carga, a destinatária constatou que as baterias que tinham sido objeto do seu pedido não eram aquelas que estavam naquela carga nem tampouco descritas na nota fiscal, e por essa divergência, no caso pedido x carga entregue, achou por bem devolver a carga completa.

Salienta que a empresa destinatária AUTOBATE COM. BATERIAS PLACAS ACESS. LTDA não se utilizou de créditos de ICMS em sua escrita fiscal, conforme declaração que anexa.

Afirma que a devolução da carga tem o mesmo efeito do cancelamento da operação descrita na nota fiscal espelhada no DANFE nº 75563 emitido em 05/06/2013 às 17h:59min.

Diz que, assim sendo, diante da devolução consubstanciada nota fiscal espelhada no DANFE nº 21888 emitido em 07/06/2013 às 15h:54min, inexiste qualquer prejuízo financeiro ao Erário do Estado da Bahia já que se tivesse pago aquele imposto teria agora o direito de restituição, ou até mesmo o resarcimento do crédito em sua escrita fiscal, já que tem Inscrição Estadual de Substituto Tributário (103.162.755).

Observa que a desistência do adquirente no ato da compra ou da prestação de serviços constitui motivo de cancelamento da operação ensejando, com isso, a restituição dos valores pagos indevidamente a título de ICMS-ST ao Estado de Origem e ao Estado de Destino.

Conclui que, dessa forma, resta patente que não há prejuízo ao Estado da Bahia, devendo ser considerada improcedente a exigência realizada no Auto de Infração em relação à Nota Fiscal (DANFE) nº 75563, pois, caso contrário, haveria de adimplir a cobrança para, logo em seguida solicitar a restituição acrescida de juros de mora e correção monetária, conforme inteligência do art. 150, §7º da CF/88, Cláusula 1ª do Convênio ICMS 13 de 1997 e do RICMS/BA.

Salienta que se não for revisado o Auto de Infração significará desprezo à expressa disposição do Código Tributário Nacional, especialmente a norma do art. 149, VIII.

Assinala que pelo poder de revisão de ofício da autoridade administrativa, o montante de ICMS-ST e as penalidades aplicadas, compreendendo multa e juros, em relação ao DANFE de nº 75563 devem ser declarados insubstantes. Acrescenta que a parte do Auto de Infração impugnada deve ser declarada improcedente, pois a operação foi cancelada em virtude da devolução da carga, portanto, inexistiu operação subsequente; a devolução da carga no mesmo dia do recebimento surte o mesmo efeito do cancelamento da operação, e por isso, surge o direito de restituição do ICMS-ST que deveria ter recolhido, de modo que se houver cobrança do imposto, em seguida teria direito a solicitar restituição; a destinatária da mercadoria sequer se aproveitou de crédito do imposto em sua escrita fiscal, conforme expressa e inequívoca declaração em anexada.

Conclui que, diante de todos esses fatos, pontualmente provados pelo DANFE nº 75563 emitido em 05/06/2013 às 17h:59min. (venda) e pelo DANFE nº 21888 emitido em 07/06/2013 às 15h:54min (devolução), evidente que inexiste qualquer prejuízo ao Erário do Estado da Bahia.

Prosseguindo, expõe as suas razões de direito no intuito de afastar a exigência do ICMS apontado no Auto de Infração. Requer que todos os valores discutidos sejam declarados com exigibilidade suspensa para todos os fins de direito, especialmente para os fins dos artigos 205 e 206 do CTN, até o “trânsito em julgado” do presente processo administrativo.

Reporta-se sobre a substituição tributária de que trata o Protocolo ICMS nº 97 de 2010. Diz que é muito comum nas operações comerciais que ocorram devoluções ao estabelecimento remetente de mercadorias sujeitas à substituição tributária, ICMS-ST, em virtude de divergências de natureza comercial tais como as condições negociadas entre as partes. Alega que a operação de devolução de mercadoria tem como efeito o verdadeiro cancelamento da operação anteriormente praticada, inclusive os tributários, haja vista que na devolução, o destinatário recebe a mercadoria e posteriormente a devolve ao remetente.

Observa que em situação análoga, nos casos de efetivo cancelamento da Nota Fiscal é indiscutivelmente devida a restituição do ICMS-ST, diante da inteligência do Convênio nº 13 de 1997 do qual o Estado da Bahia é signatário. Reproduz o referido Convênio.

Frisa que é assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido, operação subsequente, que não se realizar, consoante previsto no art. 150 da Carta Maior. Transcreve mencionado dispositivo constitucional. Observa que a segunda parte do § 7º do citado artigo trata justamente da restituição do valor recolhido quando o fato gerador não ocorrer. Ou seja, quando a operação sobre o qual o ICMS-ST incidiu não ocorrer em momento posterior, como pelo cancelamento da operação e devolução das mercadorias, sem aproveitamento ou utilização do crédito.

Assinala que também o RICMS/BA legisla sobre os casos de mercadorias recebidas e posteriormente devolvidas pelo adquirente, ou seja, nas hipóteses em que seja emitida nota fiscal de devolução, o ICMS-ST constitui crédito para o contribuinte substituído, nos termos do art. 299. Reproduz o citado artigo.

Consigna que o art. 452 do RICMS/BA, tratando de devolução de mercadorias, determina que o remetente poderá se creditar do ICMS lançado desde que o recebedor não tenha se aproveitado de crédito fiscal. Transcreve o referido dispositivo regulamentar.

Registra que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em diversas oportunidades sobre o dever de restituição do ICMS-ST pago quando não há ocorrência do fato gerador, seja pela devolução ou desfazimento do negócio. Transcreve decisão neste sentido.

Alega que se tivesse efetuado o pagamento do ICMS-ST especificamente na Nota Fiscal nº 75563 haveria de, agora, requisitar a restituição ou o resarcimento em sua escrita fiscal, por ser de seu pleno direito.

Alega, ainda, que não tendo pago ou destacado na nota fiscal objeto da presente autuação, também não pode subsistir a cobrança, haja vista a devolução e o efetivo desfazimento do negócio jurídico dentro do mesmo mês.

Sustenta que no caso em questão deve ser aplicado o Princípio da Verdade Material para afastar a exigência fiscal que é insubstancial em razão da inexistência do fato gerador, conforme Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari. Invoca, ainda, lição da doutrinadora Odete Madauar. Diz que na jurisprudência de direito administrativo, os tribunais superiores consagram, de forma clara, a adoção do princípio da verdade material no processo administrativo, especialmente nos processos administrativos fiscais.

Aduz que com atenta observação dos documentos acostados, comparando-se com as alegações expostas no auto guerreado, justificaria a revisão até mesmo de ofício do lançamento, tudo com base na expressa disposição legal do art. 149, VIII, do CTN, cuja redação reproduz. Observa que o STF já sumulou posicionamento quanto ao tema, conforme transcrição que apresenta.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- que a impugnação seja recebida nos termos do art. 151, III, do CTN, de forma que seja determinada a suspensão de exigibilidade do crédito tributário e deferida, acaso solicitada, Certidão de Regularidade Fiscal (Positiva com Efeitos de Negativa), nos termos do art. 206 do CTN;
- provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, conforme arts. 145, I, 149, VIII, do CTN;
- a improcedência do Auto de Infração apenas em relação à Nota Fiscal nº 75563.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 83 a 86. Observa que o autuado reconheceu integralmente a infração 1 e parcialmente a infração 2. Consigna que na infração 2 o autuado não reconhece como devido o ICMS relativo à Nota Fiscal nº 75563 de 05/06/2013, sob a alegação de que os produtos foram devolvidos pela empresa destinatária. Neste sentido, acosta o DANFE da Nota Fiscal de saída e de devolução, Nota Fiscal nº 21888, de 07/06/2013.

Esclarece que a apuração do ICMS ST devido levou em consideração as vendas realizadas para o Estado da Bahia, operações sujeitas à substituição tributária conforme Protocolo ICMS 97/10, do qual são signatários os Estados da Bahia e Pernambuco, com os produtos elencados no seu Anexo Único, itens 52 e 97.

Diz que analisando as argumentações do contribuinte, apurou que a Nota Fiscal nº 75563, de 05/06/2013, no valor de R\$113.454,61 (DANFE, fl. 78), não registra o valor do ICMS ST, embora seja referente a produto sujeito à substituição tributária, na saída interestadual para estado signatário do já citado Protocolo 97/10, o que confirma o motivo da sua inclusão na relação de ICMS ST não Retido e Não recolhido (fl. 14).

Entende que a Nota Fiscal de Devolução nº 21888, de 07/06/2013 (DANFE, fl. 79) tem características de idoneidade, embora não conste na relação das devoluções da GIA ST referente ao mês de junho/2013, conforme cópia anexada.

Salienta que os valores referentes à parte reconhecida, que diz respeito aos valores do Auto de Infração menos o ICMS de R\$20.797,27, relativo à Nota Fiscal nº 75.563, foram recolhidos (fls. 59 a 77), conforme demonstrativo que apresenta. No referido demonstrativo a infração 1 fica mantida no valor originalmente exigido de R\$5.439,20 e a infração 2, no valor de R\$2.550,58, em face da exclusão do valor de R\$20.797,27 referente à Nota Fiscal nº 75.563.

Conclusivamente, manifesta o entendimento de que, considerando que na forma da legislação em vigor os elementos que ensejaram a ação fiscal foram devidamente caracterizados, mas os argumentos e documentos apresentados pelo impugnante apontam que as mercadorias referentes à Nota Fiscal nº 75563, de 05/06/2013 foram devolvidas, não deve ser cobrado o ICMS ST relativo a essa Nota Fiscal, sendo que a GIA ST referente ao mês de junho de 2013 deve ser retificada.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. Ambas atinentes ao ICMS devido por substituição tributária pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A infração 1, cuida de retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento. A infração 2, diz respeito à falta retenção do ICMS, e o consequente recolhimento.

Inicialmente, no que tange à preliminar aduzida pelo impugnante, no sentido de que a impugnação seja recebida e determinada a suspensão de exigibilidade do crédito tributário, por certo que a defesa tempestiva regularmente apresentada produz efeito jurídico imediato de suspender a exigibilidade do crédito tributário, consoante estabelece o art. 151, III, do Código Tributário Nacional - CTN. Portanto, a suspensão da exigibilidade é uma consequência inerente a impugnação

válida apresentada pelo contribuinte, sendo desnecessário qualquer deferimento de pedido pela autoridade julgadora.

Quanto à solicitação de Certidão de Regularidade Fiscal (Positiva com Efeitos de Negativa), por óbvio que, somente quando transitado em julgado no âmbito administrativo, o Processo Administrativo Fiscal – PAF, será remetido ao órgão competente para proceder ao controle da legalidade, no caso a Procuradoria Geral do Estado – PGE, e somente após a Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC, providenciará a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa.

O art. 103, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 determina que:

Art. 103. A Secretaria da Fazenda expedirá, sempre que requerida, certidão a respeito da situação fiscal de contribuinte ou responsável.

§ 1º A certidão negativa será expedida em relação ao contribuinte que estiver em situação de regularidade fiscal.

§ 2º Terá os mesmos efeitos da certidão negativa a em que constar a existência:

[...]

III - de crédito cuja exigibilidade esteja suspensa, ou cujo vencimento tenha sido adiado, o que deverá ser comprovado pelo interessado.

[...]

§ 8º A certidão negativa de débito será expedida por meio de sistema eletrônico.

Portanto, caso pretenda a emissão de certidão negativa poderá o contribuinte requerer a sua emissão, haja vista que a exigibilidade do crédito estará suspensa até o trânsito em julgado do processo administrativo.

No mérito, observo que a infração 1 foi reconhecida pelo autuado, inclusive com o pagamento do valor do débito reconhecido. Assim sendo, resta indvidoso que este item da autuação é subsistente, cabendo apenas a homologação do pagamento efetuado.

Quanto à infração 2, verifico que o autuado reconheceu a exigência atinente às Notas Fiscais arroladas neste item da autuação, exceto quanto à Nota Fiscal nº 75563.

Alega o autuado que foi emitido o DANFE nº 75563, em 05/06/2013, referente à comercialização que realizou com a AUTOBATE COM. BATERIAS PLACAS ACESS. LTDA, entretanto, ao conferir a carga, o destinatário constatou que as baterias que tinham sido objeto do seu pedido não eram aquelas que estavam naquela carga nem tampouco descritas na nota fiscal, e por essa divergência (pedido x carga entregue) achou por bem devolver a carga completa. Salienta que a empresa destinatária AUTOBATE COM. BATERIAS PLACAS ACESS. LTDA não se utilizou de créditos de ICMS em sua escrita fiscal, conforme declaração que anexa. Diz que a devolução consubstanciada na nota fiscal espelhada no DANFE nº 21888 emitido em 07/06/2013 às 15h:54min, inexiste qualquer prejuízo financeiro ao Erário do Estado da Bahia já que se tivesse pago aquele imposto teria agora o direito de restituição, ou até mesmo o resarcimento do crédito em sua escrita fiscal, já que tem Inscrição Estadual de Substituto Tributário (103.162.755).

Vejo também que a autuante na informação fiscal manifesta o entendimento de que, a Nota Fiscal de Devolução nº 21888, de 07/06/2013 (DANFE, fl. 79) tem características de idoneidade, embora não conste na relação das devoluções da GIA ST referente ao mês de junho/2013, conforme cópia anexada.

Conclusivamente, manifesta o entendimento de que, considerando que na forma da legislação em vigor os elementos que ensejaram a ação fiscal foram devidamente caracterizados, mas os argumentos e documentos apresentados pelo impugnante apontam que as mercadorias referentes à Nota Fiscal nº 75563, de 05/06/2013 foram devolvidas, não deve ser cobrado o ICMS ST relativo a essa Nota Fiscal, sendo que a GIA ST referente ao mês de junho de 2013 deve ser retificada.

Considero correto o entendimento manifestado pela autuante.

Apesar de o autuado estabelecido no Estado de Pernambuco estar obrigado a efetuar a retenção do ICMS-ST, em face de a operação com as mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº 75563 se encontrar sujeita à substituição tributária, nos termos do Protocolo ICMS 97/10, do qual são signatários os Estados da Bahia e Pernambuco, não o fez.

Nesse caso, correta a exigência do ICMS-ST conforme inicialmente consignado no Auto de Infração. Entretanto, considerando que houve o desfazimento do negócio por parte do destinatário, que devolveu as mercadorias através da Nota Fiscal de Devolução nº 21888, de 07/06/2013 (DANFE, fl. 79), de fato, descabe a exigência.

Conforme aduzido pelo impugnante não faz o menor sentido obrigá-lo a efetuar o recolhimento do ICMS-ST para posteriormente pedir o ressarcimento/restituição, em face da inocorrência do fato gerador presumido referente à Nota Fiscal nº 75563.

No caso, cabível apenas a retificação da GIA ST, conforme aduzido pela autuante.

Diante disso, esta infração é parcialmente subsistente, no valor de R\$2.550,58, conforme novo demonstrativo de débito elaborado pela autuante de fl. 85.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **080556.0003/15-5**, lavrado contra **ACUMULADORES MOURA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$7.989,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas "a" e "e", da Lei 7.014/96, com os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR