

PROCESSO - A. I. Nº 206926.3000/16-6
RECORRENTE - LOJAS SIMONETTI LTDA. (MÓVEIS SIMONETTI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0219-02/16
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0257-12/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA SUJEITA À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado o acerto da exigência fiscal, relativo ao período que não havia operado a decadência do direito de constituição do crédito tributário. Item parcialmente subsistente; **b)** DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA EFETUADA POR CONSUMIDOR FINAL. A despeito da omissão na coleta da assinatura do consumidor, tal elemento não apresenta óbice ao creditamento já que no processo existem informações suficientes a revelar a devolução das mercadorias autuadas. Com base no art. 157 do RPAF aplica-se a multa prevista no art. 42, XII, da Lei nº 7.014/96. Acolhida a prejudicial de mérito de decadência relativo aos fatos ocorridos nos meses de janeiro a maio/2011, inerentes às exações 1, 2, 3 e 4. Modificada a Decisão de piso. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Vencido o voto do relator quanto à infração 3. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0219-02/16, que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o débito de R\$78.314,45, em razão da constatação de quatro irregularidades, sendo objeto deste Recurso Voluntário as infrações 1 e 2, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$4.880,25, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de março a agosto de 2011.

INFRAÇÃO 02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$52.072,50, a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação nos meses de janeiro a dezembro de 2011.

A Decisão recorrida foi pela procedência do Auto de Infração, após salientar que as infrações 3 e 4 não foram questionadas pelo defendente; rejeitar as preliminares de nulidade do Auto de Infração arguidas e a prejudicial de mérito da decadência do direito do fisco de constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2011, em razão das seguintes considerações de mérito:

EM RELAÇÃO À INFRAÇÃO 01:

Na infração 01 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento por substituição tributária.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que a legislação apontada não estava em vigor, no que tange os produtos constates no item 44 do anexo 88 do RICMS/97, pois o item 44, do anexo 88 do RICMS/97, foi introduzido pelo Decreto 12.534, publicado em 24/12/2010, tendo sua vigência a vigorar somente a partir de 01/03/2011.

Como se observa da alegação defensiva, o autuado não questiona o fato da mercadoria em lide, Colchões, inclusive box, encontra-se enquadrada na Substituição Tributária a partir de 01/03/2011.

Entretanto, a defesa alegou que foram incluídas operações anteriores ao dia 01/03/2011. Entendo que esse argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, uma vez que analisando os levantamentos fiscais que embasaram à infração, os quais foram acostados às folhas 15 a 22 dos autos, resta comprovado que somente foram incluídas notas fiscais a partir de março de 2011.

Ademais, no próprio corpo do Auto de Infração, fl. 01, constam os meses de março a agosto de 2011.

Quanto a alegação de que teria dado saídas de todas as mercadorias com destaque do ICMS, ou seja, estaria apurando e recolhendo o imposto pelo regime normal, essa alegação não foi comprovada pela defesa, pois, caberia a defesa comprovar que todas as mercadorias, sem exceção, entradas em seu estabelecimento foram objeto de saídas de tributação normal. Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Se houve apuração e recolhimento indevido pelo contribuinte autuado, o que não restou comprovado nos autos, caberá ao sujeito passivo adotar os procedimentos pertinentes ao pedido de restituição do tributo que entender ter recolhimento indevidamente.

Assim, estando comprovado que a mercadoria objeto dos documentos fiscais citados não estão enquadrados no Regime de Substituição Tributária, é ilícito o crédito sobre as aquisições respectivas.

Logo, à infração 01 restou caracterizada.

QUANTO À INFRAÇÃO 02:

A infração 02 acusa o sujeito passivo de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem que houvesse a comprovação.

Portanto, a exigência fiscal diz respeito a imputação de que o contribuinte autuado creditou indevidamente de ICMS decorrente de devoluções efetuadas por consumidor final sem a emissão de nota fiscal de entrada e sem a declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade.

A defesa reconhece que não emite de nota fiscal de entrada com a declaração assinada pela pessoa que efetuou a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade, alegando que o documento “papel” assinado pelo cliente que realizou a devolução, é um procedimento arcaico e desnecessário, acrescentando que o intuito da NFC-e é justamente economizar a utilização de papel e com isso ajudar o meio ambiente, pois com essa diminuição de papel há diminuição de poluente e desmatamento de grandes florestas, em todo o mundo, citando, inclusive alguns exemplos em que o seu cliente realizou outra venda logo em seguida.

Ocorre que tais alegações não são capazes de elidir a imputação, pois tratando-se de utilização de crédito fiscal, deve-se observar as disposições expressa na legislação do ICMS. No caso em lide, o exame do presente lançamento passa pela análise do aspecto material da incidência do ICMS, frente ao disposto na legislação tributária, bem como das implicações decorrentes do descumprimento das obrigações principal e acessória, em especial, o determinado no artigo 653, do RICMS/97, in verbis:

Art. 653. O estabelecimento que receber, em virtude de garantia, troca, inadimplemento do comprador ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de Nota Fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por:

I - garantia, a obrigação assumida pelo remetente ou fabricante de substituir ou consertar a mercadoria se esta apresentar defeito;

II - troca, a substituição de mercadoria por uma ou mais da mesma espécie ou de espécie diversa, desde que de valor não inferior ao da substituída.

§ 2º Nas hipóteses deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir Nota Fiscal, na entrada das mercadorias, mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;

II - obter, na Nota Fiscal (entrada) referida no inciso anterior ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;

III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso I 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.

§ 3º A Nota Fiscal (entrada) emitida na forma do parágrafo anterior servirá para acompanhar a mercadoria em seu transporte até o estabelecimento de origem.

§ 3º-A. Tratando-se de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá, mediante autorização do inspetor fazendário, emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante a semana, observados os procedimentos previstos no § 2º.

Conforme consignado no caput do artigo 653 do RICMS-BA, a legislação tributária estadual prevê a hipótese de utilização de crédito fiscal de ICMS nos casos de devoluções realizadas por consumidores finais, pessoa física ou pessoa jurídica não obrigada à emissão de nota fiscal.

Todavia, o estabelecimento recebedor das devoluções deverá comprovar a efetividade dessas devoluções mediante o cumprimento das obrigações previstas no §2º transcrito acima, obrigações que a defesa entende ser desnecessárias.

Portanto, entendo que os cupons fiscais acostados pela defesa, sem as emissões das notas fiscais de entradas e sem as declarações firmadas pelos adquirentes, não servem como elemento de prova inequívoca das devoluções, requisito indispensável para o creditamento do imposto, à luz do artigo 653, do RICMS/97, não sendo possível converter a cobrança do imposto em multa por descumprimento de obrigação acessória como requerida pela defesa.

Devo ressaltar que a mera alegação de presunção de inocência, da ausência de fraude fiscal, da boa-fé, arguida pelo autuado, não o exime do cometimento da infração apontada na presente lide, considerando a indisponibilidade do crédito fiscal e porque o direito tributário se move por um viés objetivo, acorde art. 136, CTN, ao tratar da responsabilidade pelas infrações tributárias estritamente fiscais.

"Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato."

Dispõe o art. 136 a desconsideração da intenção do agente ou do responsável, dispensando-se assim a presença do dolo, que é a vontade livre e consciente dirigida a realizar o ato tido pela norma tributária como ilícito, justamente para que o Fisco fique livre de ter que demonstrar, em cada especificidade fática, a existência da vontade do infrator de burlar ou não a lei. Necessário, contudo, que reste provada a ocorrência do fato gerador do imposto, de responsabilidade tributária do contribuinte autuado. A fazenda pública, assim, não precisa investigar, nem mesmo provar a intenção, pois que, para a responsabilidade pela prática da conduta ilícita tributária não-delituosa, esta investigação não se faz necessária, posto que o próprio Código determinou que essa responsabilidade independe da intenção.

No caso concreto, portanto, ainda que agindo de boa-fé, o contribuinte não poderia utilizar-se de crédito de fiscal, cuja prova desse direito não consegue fazê-la, em relação às devoluções das vendas, anteriormente feitas, a pessoa física, consumidor final, não obrigada a emissão de documento fiscal.

Desta forma, entendo que à infração 02 restou caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, às fls. 132 a 140 dos autos, onde, preliminarmente, arguiu a decadência do direito de se constituir o crédito tributário relativo ao período anterior a 16/06/2011, tendo em vista que só tomou ciência do Auto de Infração em 16/06/2016.

No mérito, em relação à infração 1, reitera sua alegação de que, em parte do período fiscalizado, a legislação apontada não estava em vigor, no que tange os produtos constantes no item 44 do anexo 88 do RICMS/97, pois o item 44, do anexo 88 do RICMS/97, foi introduzido pelo Decreto 12.534, publicado em 24/12/2010, tendo sua vigência a vigorar somente a partir de 01/03/2011, sendo assim, não poderia ser penalizado neste período em relação estes produtos em questão.

Assim, segundo o recorrente, percebe-se que o Auto de Infração não está em conformidade com a legislação que vigorava na época, devendo o mesmo ser julgado improcedente, face as “prescrições” já alegada preliminarmente e também a vigência do Decreto nº 12.534, que passou a vigor depois de 01/03/2011.

Em seguida, o recorrente passa a aduzir que sempre tributava as vendas com essas mercadorias, gerando, nesta ótica, créditos, do que como prova cita dados com duas operações através de cupons fiscais.

Assim, entende que o Auto de Infração se encontra eivado de nulidade devendo o mesmo ser

julgado improcedente acolhendo todos os argumentos ou ao menos seja reconhecida a compensação dos créditos quando da saída destes mesmos produtos.

Quanto à infração 2, alega que o autuante considerou que o recorrente agiu de forma dolosa ao aproveitar os créditos do ICMS em relação as devoluções, pois ao considerar que a não apresentação da nota fiscal assinada ou documento auxiliar pela pessoa que devolveu a mercadoria, estaria o autuado obrigado a pagar todo o ICMS referente as devoluções, devoluções estas que realmente ocorreram, o que não pode admitir.

Afirma que existem outras formas de comprovar que não foi esta a realidade dos fatos, pois todas as devoluções têm vendas posteriores em nome do cliente, comprovando-se assim que em nenhum momento ocorreu a omissão do recolhimento do ICMS, mas, em uma análise bem criteriosa, uma falta de um documento acessório procedimental, até porque a boa-fé se presume e má fé se prova. A simples alegação de não ter o documento auxiliar, não é possível presumir que este creditamento foi indevido.

Entende que esta infração não poderá ser interpretada como utilização indevida de crédito na devolução de mercadoria, pois tal evento ocorreu e muitas vezes por erros de ECF na venda com cartão crédito, visto que às vezes a própria operadora de cartão crédito não aprovava a venda, ou até por troca por outra mercadoria, pois aquela apresentou algum vício, desistência ou dentre outros vários motivos, do que, como prova de que não agiu de má-fé, cita três exemplos de clientes que efetuaram compras e posteriormente estes produtos foram devolvidos, porém logo depois foi realizada outra venda para o mesmo cliente.

Aduz que não restam dúvidas que não ocorreu à utilização de crédito indevido das devoluções, visto que comprovada a nova venda, pois seria ilógico o cliente comprar, devolver e comprar pagando novamente, comprovando assim cabalmente que nenhum momento utilizou-se dos créditos indevidos.

No que tange ao documento “papel” assinado pelo cliente que realizou a devolução, diz que é um procedimento a seu ver arcaico e desnecessário, tanto que com a NFC-e, onde o documento já pode até ser enviado via e-mail para o consumidor diretamente, entendendo ser desnecessário tal procedimento.

Assim, defende que a não apresentação deste documento não deveria punir o contribuinte com o pagamento novamente do mesmo ICMS, sob pena de *bis in idem*, e que no máximo seria razoável no caso, de talvez a aplicação de uma multa acessória, pois o pagamento novamente do imposto, gerará uma decisão um tanto quanto desarrazoada.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

VOTO (Vencido quanto à infração 3 – Preliminar de decadência)

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância que julgou procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS relativo à constatação de quatro irregularidades, sendo objeto recursal, quanto ao mérito, as infrações 1 e 2, relativas à utilização indevida de crédito fiscal, sendo a primeira, no valor de R\$4.880,25, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, e a segunda exação, no valor de R\$52.072,50, decorrente da falta de comprovação da devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final.

Inicialmente, quanto à prejudicial de mérito de decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo ao período anterior a 16/06/2011, tendo em vista que só tomou ciência do Auto de Infração em 16/06/2016, há de ressaltar que, à época da ciência ao sujeito passivo do Auto de Infração,

já havia sido extinto o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo

ao período de janeiro a maio de 2011, o qual se extinguiu no prazo de cinco anos contados do respectivo fato gerador, consoante previsto no art. 150, §4º, do CTN, inerente às infrações 1, 2 e 4, nas quais houve antecipação do pagamento do imposto apurado no mês, mesmo que parcial, o que não ocorreu quanto à infração 3, na qual o sujeito passivo deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, devendo os valores de janeiro a maio das referidas infrações 1, 2 e 4 ser considerados extintos nos termos do art. 156, V, do CTN, remanescendo os valores de: R\$2.910,99; R\$40.450,38; R\$1.299,72 e R\$15.510,06, respectivamente às infrações 1 a 4 do Auto de Infração, cujo débito original é de R\$78.314,45.

No mérito, quanto à exação 1, no que tange a alegação recursal de que o item 44, do anexo 88 do RICMS/97, introduzido pelo Decreto 12.534/2010, só vigeu a partir de 01/03/2011, observa-se não haver ressonância com os fatos, pois a exigência se reporta a período posterior à alegada vigência e, como tal, não serve para elidi-la.

Quanto à alegação de que, no período fiscalizado, o recorrente teria direito ao crédito fiscal nas entradas de colchões, pois tributava normalmente as vendas com essa mercadoria, do que anexa dois cupons fiscais, às fls. 51 e 54 dos autos, como prova de sua alegação, há de ressaltar que a lide remanescente refere-se aos meses de junho, julho e agosto, no montante de R\$2.910,99, em razão de ter operado a decadência dos meses de março a maio de 2011, conforme já visto, e os citados documentos fiscais de vendas se referem ao mês de abril, logo imprestável à comprovação do quanto alegado nos meses em análise.

Ademais, às fls. 56, 59, 67, 69, 73, 75, 91, 93 e 103 dos autos constam cupons fiscais com saídas de colchões sob o código “F1”, ou seja, sem tributação, relativos ao período de maio a dezembro de 2011, o que comprova não prevalecer o quanto alegado pelo contribuinte nos meses objeto da lide remanescente e, em consequência, a pertinência da exigência fiscal relativa à utilização indevida de crédito fiscal de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária nos meses de junho a agosto de 2011.

Diante de tais considerações, concluo pela subsistência parcial da infração 1, no valor de R\$2.910,99, referente aos meses de junho, julho e agosto, conforme originalmente lançado no Auto de Infração.

Inerente à infração 2, relativa à glosa do crédito de ICMS decorrente de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final *sem a devida comprovação*, alega o recorrente que todas as devoluções têm vendas posteriores em nome do cliente, comprovando-se assim que em nenhum momento ocorreu a omissão do recolhimento do ICMS, mas uma falta de um documento acessório procedimental, a qual não possibilita presumir o crédito indevido, sob pena de *bis in idem*, e que no máximo seria razoável no caso a aplicação de uma multa acessória.

Há de se ressaltar que a previsão contida no art. 653 e parágrafos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época, no caso do estabelecimento receber mercadoria devolvida por pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de nota fiscal, é de que poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que *haja prova inequívoca da devolução*, devendo emitir nota fiscal, nas entradas das mercadorias, mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso, consignando na aludida nota fiscal ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade.

Diante de tais considerações, vislumbro que o cerne da questão é a falta da comprovação das efetivas devoluções de forma a proporcionar ao contribuinte o direito de se creditar do imposto debitado por ocasião das saídas das mercadorias (móveis e eletrodomésticos), já que o contribuinte emitiu a *nota fiscal de entrada* para cada devolução, consignando o número do documento fiscal original; o item e valor da devolução, assim como, em ato contínuo, emitiu documento fiscal de

venda com os mesmos dados da operação anterior, conforme comprovado através de documentos fiscais às fls. 56 a 105 dos autos.

Registre-se que a própria acusação fiscal ressalta apenas a falta de comprovação da devolução. Em consequência, a solução da lide remete-nos, assim, à apreciação das provas acostadas ao processo para avaliar se são suficientes à comprovação *inequívoca* da devolução.

Conforme já dito, o contribuinte consigna o número, data e valor do cupom fiscal de origem no quadro “DADOS ADICIONAIS” da Nota Fiscal Eletrônica, emitida com a natureza de operação de “DEVOLUÇÃO DE VENDA DE MERCADORIA” para apropriação dos créditos fiscais, bem como faz constar no corpo da nota fiscal o item e o código da mercadoria devolvida, em cujos documentos (cupom fiscal e NF-e) contêm os dados do consumidor: nome, endereço e CPF, embora não conste a sua assinatura.

Assim, cotejando tais documentos com a norma regente no art. 653 do RICMS/97, vigente à época dos fatos, é possível concluir que a única falta é a *declaração assinada do consumidor do motivo da devolução*.

Como bem aduziu o recorrente tal exigência possui a natureza de obrigação acessória, cujo atendimento, contudo, é fundamental ao controle fiscal acerca das mercadorias devolvidas. Nesse sentido, o não cumprimento desta regra pode, ou não, resultar na exigência do tributo estadual, a depender daquilo que possa vir a representar para a revelação do que se denominou “*prova inequívoca*” de que as mercadorias foram devolvidas.

Todavia, o não atendimento dessa obrigação acessória não pode resultar, automaticamente, em cobrança do imposto creditado, pois é preciso avaliar o prejuízo gerado aos controles fiscais, cujo objetivo não é outro senão o oferecimento de elementos que permitam, ao fisco, empreender uma investigação para comprovação do efetivo ingresso, no estabelecimento, das mercadorias devolvidas.

Assim, a identificação do consumidor revela-se, sem dúvida, como uma necessidade, pois propiciará a persecução do fato declarado pela empresa, como também se faz necessária a indicação do documento fiscal de origem, já que, somente assim, a fiscalização poderá fazer o devido cotejamento entre as duas operações, atual e anterior.

Contudo, a simples *declaração assinada pelo consumidor do motivo da devolução* não tem o caráter de essencialidade para atribuição do direito ao crédito, pois a sua coleta não oferece, ao fisco, qualquer informação adicional que lhe permita efetuar conferência de autenticidade, prestando-se, apenas, como uma formalidade, a dificultar a perpetração de fraudes.

Como o sujeito passivo consignou nos documentos fiscais de devolução elementos suficientes a revelar o ingresso das mercadorias autuadas, tendo feito a indicação detalhada dos dados do documento de origem, tais como: nº do cupom, data, código da mercadoria, preço, item devolvido e, principalmente, dados de identificação e endereço do consumidor, vislumbro que, a despeito da omissão da coleta da citada assinatura, tal elemento não representa óbice ao creditamento, já que existiam informações suficientes para o Fisco perquirir a efetiva devolução das mercadorias.

Assim, com o intuito de consolidar a acusação fiscal, no caso concreto, diante das informações contidas nos documentos fiscais, a autoridade fiscal poderia, ao menos, proceder a uma operação de circularização destas informações, constantes dos documentos fiscais, de forma a comprovar que as devoluções foram forjadas, já que não se mostra razoável excluir todas as notas fiscais de devolução emitidas no período.

Entretanto, considerando que ficou caracterizado o descumprimento do art. 653, § 2º, inciso II, do RICMS/97 (pela falta da declaração do motivo da devolução), bem como que não há penalidade prevista expressamente para essa conduta, aplico a multa de R\$50,00, com data de ocorrência de 31/12/2011, prevista à época dos fatos no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, com fundamento no

art. 157 do RPAF que possui a seguinte dicção: “*Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente*”.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$19.770,77, após exclusão do período que operou a decadência (janeiro a maio), inerente às infrações 1, 2 e 4, e aplicação da multa na infração 2, conforme demonstrativo a seguir:

INF.	DECISÃO JJF	DECISÃO CJF	OBRIGAÇÃO	RESULTADO
01	R\$ 4.880,25	R\$ 2.910,99	IMPOSTO	IMPROCEDENTE
02	R\$ 52.072,50	R\$ 50,00	MULTA	PROC. EM PARTE
03	R\$ 1.299,72	R\$ 1.299,72	IMPOSTO	PROCEDENTE
04	R\$ 20.061,98	R\$ 15.510,06	IMPOSTO	PROC. EM PARTE
TOTAL	R\$ 78.314,45	R\$ 19.770,77		

VOTO VENCEDOR (Infração 3 – Preliminar de decadência)

Peço vênha para divergir do nobre relator.

Restringe-se a minha divergência, única e exclusivamente, ao fato de que, no caso em apreço, incide também o fenômeno da decadência do crédito tributário no que tange à infração 3.

Isto porque, entendo que incide a regra insculpida no art.150, § 4º, do Código Tributário Nacional, que consigna o prazo de 05 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador.

In casu, a despeito de a fiscalização ter apurado “Falta de retenção e recolhimento do imposto”, as operações envolvendo o conta corrente fiscal, referentes aos aludidos meses, já estavam devidamente escrituradas nos livros fiscais próprios do contribuinte desde a época de suas respectivas ocorrências, permitindo à fiscalização a apuração do imposto em comento.

Daí porque, entendo ser aplicável ao caso vertente a Súmula Vinculante nº 08, do Supremo Tribunal Federal que, a despeito de consignar hipótese referente a “Pagamento a menor de imposto”, deve também ser estendida às hipóteses em que, mesmo não ocorrendo o recolhimento do imposto sob a rubrica “ICMS- ANTECIPAÇÃO”, houve no mês em comento o recolhimento do ICMS, conforme Livro Registro de Apuração. Trata-se, no meu entendimento, de situações absolutamente idênticas, que afastam o preceito legal inserto no art.173, I, do CTN.

Deste modo, se a modalidade de lançamento é por homologação e o contribuinte antecipa o pagamento, corretamente ou a menor, o termo inicial da contagem do prazo decadencial se dá na data de ocorrência do fato gerador, conforme o disposto no artigo 150, parágrafo 4º do CTN, pois o fisco tem conhecimento da ocorrência do fato gerador.

Assim, os valores que compõe a base de cálculo da infração 3, nos meses de janeiro a maio de 2011, cujos fatos geradores estão decaídos, devem ser retirados.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$18.471,05, após exclusão do período que operou a decadência (janeiro a maio), inerente às infrações 1, 2, 3 e 4, e aplicação da multa na infração 2, conforme demonstrativo a seguir:

INF.	DECISÃO JJF	DECISÃO CJF	OBRIGAÇÃO	RESULTADO
01	R\$ 4.880,25	R\$ 2.910,99	IMPOSTO	IMPROCEDENTE
02	R\$ 52.072,50	R\$ 50,00	MULTA	PROC. EM PARTE
03	R\$ 1.299,72	R\$ 0,00	IMPOSTO	PROCEDENTE
04	R\$ 20.061,98	R\$ 15.510,06	IMPOSTO	PROC. EM PARTE
TOTAL	R\$ 78.314,45	R\$ 18.471,05		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à infração 3 e, por unanimidade em relação às demais, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206926.3000/16-6**, lavrado contra **LOJAS SIMONETTI LTDA. (MOVEIS SIMONETTI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.421,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 3 – Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Denise Mara Andrade Barbosa, José Carlos Barros Rodeiro e Paulo Sérgio Sena Dantas.

VOTO VENCIDO (Infração 3 – Preliminar de decadência) – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infração 3 – Preliminar de decadência)

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - VOTO VENCEDOR
(Infração 3 – Preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS