

A. I. N° - 232941.3002/16-9
AUTUADO - LOJAS SIMONETTI LTDA.
AUTUANTE - KLEITON GUSMÃO SCOFIELD
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO- INTERNET 21.03.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF 0006-02/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS EFETUADAS POR CONSUMIDOR FINAL SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO. Argumentos defensivos não foram capazes para elidir tais imputações. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS.** Fato não contestado. **3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTOS A MENOR.** Infração reconhecida. Rejeitada a preliminar de nulidade e o pedido de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/06/2016, para constituir o crédito tributário no valor histórico de **R\$56.893,79**, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

01 – 01.02.05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$4.970,37, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de março a agosto, outubro e novembro de 2011, conforme demonstrativo às fls. 15 a 16 (Anexo III).

02 – 01.02.17 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$33.183,07, a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, conforme demonstrativo às fls.17 a 26 (Anexo IV).

03 - 07.01.02 –Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$3.658,28, 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, fevereiro, abril a julho de 2011, conforme demonstrativos às fls.26 a 34 (Anexo V).

04 - 07.15.02 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 15.082,07, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de fevereiro, março, junho, agosto a dezembro de 2011, conforme demonstrativos às fls.35 a 37 (Anexo VI).

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído nos autos, apresentou tempestivamente defesa administrativa, fls. 44 a 52, e após repisar todas as infrações, arguindo que somente tomou conhecimento da autuação em 16/06/2016, com fulcro no artigo 173, incisos I e II, do CTN e parágrafo único do artigo 23 da Lei Complementar nº 87/96, suscitou a decadência dos fatos geradores correspondentes ao período de janeiro a dezembro de 2011.

No plano formal, ressalta que o processo administrativo deve ser totalmente revestido e instituído pelo princípio da legalidade como preceitua a nossa Carta Magna em seu artigo 37, *caput*, e que nessa linha de pensamento, a fim de regulamentar o processo administrativo fiscal, foi editado o DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999, que é a legislação que Regula o Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia, que corrobora com o seu raciocínio no artigo 2º.

No mérito, em relação à Infração 01 – 01.02.05 – passa a demonstrar que em parte do período, a legislação apontada não estava em vigor, no que tange os produtos constantes no item 44 do Anexo 88 do RICMS/97 – Decreto 6.284/97.

Sustenta que 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 a estes produtos em questão.

Nota 1: O Decreto nº 12.470, de 22/11/10, DOE de 23/11/10, com efeitos a partir de 01/01/11 acrescenta o item 43.		
	Suportes elásticos para cama - NCM-SH 9404.10.00	Interna: 143,06 % Aliq. origem 7%: 172,34 % Aliq. origem 12%: 157,70 %
44	Colchões, inclusive box, NCM-SH 9404.2	Interna: 76,87 % Aliq. origem 7%: 98,18 % Aliq. origem 12%: 87,52 %
	Travesseiros e pillow, NCM-SH 9404.90.00	Interna: 83,54 % Aliq. origem 7%: 105,65 % Aliq. origem 12%: 94,60 %
Nota 1: O Decreto nº 12.534, de 23/12/10, DOE de 24/12/10, com efeitos a partir de 01/03/11 acrescenta o item 44.		

Nota: Para fins de aplicação do percentual de lucro, equiparam-se:

Sendo assim, observa que o Auto de Infração não está em conformidade com a legislação que vigorava na época, devendo ser o mesmo, julgado improcedente, face as prescrições já alegada preliminarmente, e também a vigência do Decreto 12.534, que passou a vigor depois de 01/03/2011.

Aduz que, se superadas todas as alegações acima expostas, argui sua tese subsidiária, pois o que extrai da presente apuração é que a empresa estaria utilizando de crédito na entrada de mercadoria submetida ao regime de Substituto Tributário, mas também estava pagando o ICMS quando da saída destes mesmos produtos.

Ou seja, informa que sempre que realizada a venda destas mercadorias, o estabelecimento também a tributava, sendo assim todas as vendas destas mercadorias que foram realizadas neste período com a tributação normal, foram recolhidas de forma irregular, gerando nesta ótica créditos para o estabelecimento.

Para comprovar o acima alegado, especificou os cupons fiscais abaixo (Anexo I), sustentando que os produtos considerados Substituto Tributário, estavam tendo sua saída tributada normalmente, só que na apuração da empresa encontravam-se com a tributação normal.

1. Cupom COO: 016873; Data: 06/04/2011; Código/Produto: 164045/Colchão Robustus D50 138x1; Valor de Venda R\$ 252,84 (tributado na saída em alíquota de 17%).
2. Cupom COO: 016252; Data: 24/02/2011; Código/Produto: 164016/Colchao Granflex D33 088x1; Valor de Venda R\$ 100,00; Código/Produto: 164026/Colchão Granflex D33 088x1; Valor de Venda R\$ 115,00 (tributado na saída em alíquota de 17%).
3. Cupom COO: 016164; Data 18/02/2011; Código/Produto: 233279/Colchão Sommier Passion 13; Valor de Venda R\$ 219,00; Código/Produto: 233280/Colchao Passion Uniface; Valor de Venda R\$480,00 (tributado na saída em alíquota de 17%).

Pelo acima alinhado, argumenta que o Auto de Infração encontra-se eivado de nulidade devendo o mesmo ser julgado totalmente improcedente acolhendo todos os argumentos da defesa, ou a menos seja reconhecida a compensação dos créditos quando da saída destes mesmos produtos.

Em relação à Infração 02 – 01.02.17 – alega que o contribuinte não obteve na nota fiscal ou em documento apartado declaração assinada pela pessoa que efetuou, com indicação do motivo, espécie e número do documento de identidade, conforme determina o inciso II, § 2º do art. 653 do RICMS/1997 – Decreto 6.284/97 (Vide demonstrativo no Anexo II).

Dito isto, passa a tecer algumas considerações iniciais, principalmente em relação a esta “obrigação” de ter um documento auxiliar em apartado assinada pela pessoa que efetivou a devolução.

Chama a atenção de que nesta infração, o autuante considerou que a empresa agiu de forma dolosa ao aproveitar do crédito do ICMS em relação às devoluções, pois ao considerar que a não apresentação da nota fiscal assinada ou documento auxiliar pela pessoa que devolveu a mercadoria, estaria esta obrigada a pagar todo o ICMS referente as devoluções, devoluções estas que realmente ocorreram, o que não se pode admitir.

Assevera que existem outras formas de comprovar que não foi esta a realidade dos fatos, pois todas as devoluções tem vendas posteriores em nome do cliente, comprovando-se assim que em nenhum momento ocorreu a omissão do recolhimento do ICMS, mas sim talvez em uma análise bem criteriosa uma falta de um documento acessório procedimental, até porque entende que 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.

Comenta que na atualidade com o advento do mundo virtual as operações fiscais submetem-se a ECF, SPED hoje NFC-e, ou seja, que a eliminação do papel entende que esta infração, no seu entender não poderá ser interpretada com utilização indevida de crédito na devolução de mercadoria, pois a devolução ocorreu sim, e de fato muitas as vezes foram, pois erros de ECF, para venda no cartão de crédito, até porque sabemos que a inovação tecnológica é muito boa, mais para atingir a este ponto muitas vezes passam por grandes desafios, e que as vezes a própria operadora de cartão de crédito não aprovava a venda, ou até por troca por outra mercadoria, pois aquela apresentou algum vício, desistência ou dentre outros vários motivos, até porque se ficasse aqui escrevendo e justificando os motivos das devoluções ficaria por muitas e muitas linhas.

Argumenta que o creditamento indevido não pode ser aceitado, pois isso não ocorreu e para demonstrar, que realmente não houve qualquer ato de má-fé da empresa, relacionou alguns exemplos onde os clientes efetuaram compras e posteriormente estes produtos foram devolvidos e logo depois foi realizada outra venda para o mesmo cliente, senão vejamos:

Exemplo 1:

1ª Compra: Data: 01/10/2011; Cupom COO 020584, Cliente: Mirtes Mendes do Amaral; CPF nº 011.990.106-42; Valor: R\$ 1.299,00.

Devolução: Data 05/10/2011; Danfe 3810; Cliente: Mirtes Mendes do Amaral; CPF nº 011.990.106-42; Valor: R\$1.299,00

2ª Compra: Data: 05/10/2011; Cupom COO 020668, Cliente: Mirtes Mendes do Amaral; CPF nº 011.990.106-42; Valor: R\$ 1.299,00

Exemplo 2:

1ª Compra: Data: 03/12/2011; Cupom COO 022148, Cliente: Delano Reis Pereira; CPF nº 056.153.745-35; Valor: R\$ 849,00.

Devolução: Data 08/12/2011; Danfe 4927; Cliente: Delano Reis Pereira; CPF nº 056.153.745-35; Valor: R\$849,00.

2ª Compra: Data: 08/12/2011; Cupom COO 022315, Cliente: Delano Reis Pereira; CPF nº 056.153.745-35; Valor: R\$ 849,00.

Exemplo 3:

1ª Compra: Data: 19/09/2011; Cupom COO 020318, Cliente: Bruno Fagundes; CPF nº 798.151.035-04; Valor: R\$ 1.300,00.

Devolução: Data 28/09/2011; Danfe 3646; Cliente: Bruno Fagundes; CPF nº 798.151.035-04; Valor: R\$ 1.300,00.

2ª Compra: Data: 28/09/2011; Cupom COO 020470, Cliente: Bruno Fagundes; CPF nº 798.151.035-04; Valor: R\$1.300,00.

Diz que, além dos exemplos expostos acima, tem outros vários em anexo, como prova de que em nenhum momento agiu de má-fé.

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

Até porque, frisa 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 nosso mundo.

Ressalta, que caso não seja este o entendimento, sustenta que a não apresentação deste documento não deveria punir o contribuindo 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.

Ao final, requer o acolhimento dos seus argumentos descritos acima, para que ao final o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente em todos os seus termos.

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS QUE ACOMPANHAM A PRESENTE DEFESA

- 1- Procuração e 20ª Alteração Contratual – fls.55 e 57 a 65
- 2- Notas Fiscais Saída com Tributação Substituto Tributário – fls.67 a 72
- 3- Notas Fiscais (Venda/Devolução/Nova Venda) - fls.74 a 130
- 4- CD-ROM – fl.54

Na informação fiscal às fls. 133 a 136, o autuante inicialmente observou que o sujeito passivo se posicionou tão-somente quanto às infrações 01.02.05 e 01.02.17, e rebateu as razões defensivas na forma que segue.

Em relação a alegação de prescrição, aduz que o disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, vigente à época dos fatos geradores, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Salienta que esse entendimento acompanha a jurisprudência do CONSEF, em diversos Acórdãos CJF nº: 0113-12-05, 0102/12-05, 0004-11/06, 0009-12/08, 0031-11/15 e 0050-12/15. Assim, ressalta que os fatos geradores ocorridos no exercício de 2011 só seriam atingidos pela decadência a partir de 01/01/2017 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2016, não havendo, portanto, a extinção do direito da Fazenda Pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2011.

No mérito, no caso da infração: 01 - 01.02.05, quanto a alegação de que a legislação apontada no auto de infração não estava em vigor, no que tange aos produtos constantes no item 44 do Anexo 88 do RICMS/97, observa que de fato este dispositivo somente vigorou a partir de 01/03/2011. Contudo, frisa que todo o lançamento deste item foi feito a partir de 01/03/2011, conforme pode ser constatado nas fls.15 e 16 dos autos, observando a orientação do Decreto nº 12.534 de 23/12/2010.

Quanto ao procedimento do autuado de utilizar os créditos fiscais, mas pagar o imposto por ocasião das saídas, observa que o contribuinte legislou em causa própria, uma vez que utilizou o crédito nas operações de mercadorias submetidas ao regime de Antecipação Tributária. Assevera que, a partir do momento em que o autuado utilizou um crédito indevidamente e por conseguinte se debitou em venda posterior, deveria o contribuinte observando o equívoco, fazer o pedido de restituição de indébito segundo orientação contidas nos artigos 73 e 75 do RPAF/BA (Dec. 7.629 de 09 de julho de 1999).

Em relação à Infração 02 – 01.02.17, o autuante argumenta que o seu procedimento fiscal realizado está baseado na orientação do Dec. 6.284/97, Art. 653, que determina que o estabelecimento que receber em virtude de troca 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.

Transcreveu o § 2º do referido artigo, que reza:

§ 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.

Desta forma, entende que o contribuinte não cumpriu o § 2º do art. 653 do RICMS/97, no que se refere ao ICMS, no procedimento admitido no retorno de mercadorias vendidas a não contribuintes.

Salienta que, mesmo assim se os julgadores assim o entenderem, a partir do momento em que contribuinte apresentar um demonstrativo com todas as saídas e conseqüente devolução que serviram de base para esta infração, demonstrando sem equívocos a subseqüente venda ao mesmo contribuinte com a mesma mercadoria e o conseqüente pagamento do tributo, fará novamente os cálculos apresentando outros valores se assim forem percebidos.

Conclui solicitando a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Na peça defensiva o sujeito passivo alegando que somente tomou conhecimento da autuação em 16/06/2016, arguiu preliminar de “prescrição” do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos antes de 30/06/2011, transcrevendo o artigo 173 do CTN.

Cabe consignar que, nos termos do art. 173 do CTN, a decadência representa a perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, mediante o lançamento, em virtude do decurso do prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Por seu turno, a prescrição arguida pela defesa, encontra-se prevista no art. 174 do CTN, extingue o direito de ação de cobrança do crédito tributário pelo transcurso do prazo de cinco anos, contados da data da constituição definitiva do crédito tributário.

Considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em 2016, não há, portanto, o que se falar em prescrição. Dessa forma, afasto os argumentos defensivos atinentes à prescrição do crédito tributário e passo a analisá-los à luz do instituto da decadência.

No tocante à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos de antes de 16/06/2011, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo

pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco (artigo 149, II e III do CTN), sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser arguida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Cabe consignar que esse é o entendimento do CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0050-12/15, no qual, está consignado que: *(..) acompanho o parecer da PGE/PROFIS no sentido de que a legislação tributária vigente à época do fato gerador, nos termos do art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e conforme o §4º do art. 150 do CTN, previa o início do prazo decadencial como sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador e, portanto, o prazo decadencial em relação aos fatos geradores de 2009 teve início em primeiro de janeiro de 2010, do que, contando cinco anos, verifica-se que a autuação, lavrada em 27/03/2014, ocorreu dentro do prazo legal.*

O opinativo aduz ainda que, com o advento da Lei nº 13.199, de 29/11/2014, foi revogado o art. 107-A, I, do COTEB. Todavia, por tratar-se de norma jurídica de natureza material e não procedimental, não poderá retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária então vigente. Assim, rejeito a prejudicial de mérito de decadência arguida.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2011, o fisco teria até o dia 31/12/2016 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 16/06/2016 não se configurou a decadência.

No plano formal, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos documentos e levantamentos efetuados pelo autuante, constantes às fls.08 a 39, todos entregues ao sujeito passivo.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas ao autuado (utilização indevida de créditos fiscais, recolhimento a menor a título de antecipação tributária), e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, observo que das quatro infrações contempladas no auto de infração, não existe lide a ser julgada em relação às infrações 03 – 07.01.02 e 04 – 07.15.02, pois o sujeito passivo em sua peça defensiva silenciou em relação às mesmas.

Desta forma, a lide se resume exclusivamente no que tange às infrações 01 – 01.02.05 e 02 – 01.02.17, que tratam de imputação de apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, respectivamente.

O lançamento destes itens foi impugnado com base nas seguintes razões defensivas:

No caso da infração 01 - 01.02.06 – alega o autuado que parte da Infração a legislação apontada não estava em vigor, no que tange aos produtos constantes no item 44 do Anexo 88 do RICMS/97 - Decreto 6.284/97, visto que o referido item 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, entende que não poderia ser penalizado neste período em relação a estes produtos em questão. Além disso, argumenta que utilizou de crédito na entrada de mercadoria submetida ao regime de Substituto Tributário, mas efetuou o pagamento do ICMS quando da saída destes mesmos produtos, tentando demonstrar com a indicação de alguns cupons fiscais.

Já em relação da infração 02 - 01.02.17, o autuado sustenta que a não apresentação da nota fiscal assinada ou documento auxiliar pela pessoa que devolveu a mercadoria, não estaria esta obrigada a pagar todo o ICMS referente às devoluções, as quais, diz que realmente ocorreram, pois todas as devoluções têm vendas posteriores em nome do cliente. Com base nisso, entende que não poderá ser interpretada como utilização indevida de crédito na devolução de mercadoria. Para demonstrar esta alegação, apresenta exemplos nas folhas 50 e 51 da defesa.

Constato que no mérito, em relação às infrações acima, são recorrentes as questões sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplo dos Autos de Infração nºs 232903.3002/16-7 e 276473.3002/16-3, Acórdãos JJE nº 0213-02/16 e JJE nº 0213-02/16, respectivamente, desta Junta de Julgamento Fiscal, que trata da mesma matéria, sujeito passivo, bem como a total literalidade das arguições trazidas pela defesa e informação fiscal.

Verificada a identidade entre os argumentos trazidos pelo impugnante e o voto proferido no Acórdão JJE nº 0213-02/16 acima citado, (decisão unânime), cujo entendimento acolho, - haja vista que participei da Sessão de Julgamento do dia 01/12/2016 como um dos julgadores - para integrar o presente voto, passando, assim, a reproduzir parte da conclusão do aludido voto, quanto ao mérito dos itens em questão, in verbis:

(....)

“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.

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 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, 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 e multa por descumprimento de obrigação acessória 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, e acompanhando a jurisprudência acima, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Primeiramente quero manifestar meu respeito ao voto do Ilustre Relator, frisando que dele divirjo apenas quanto a considerar que as alegações defensivas de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos geradores, ocorridos no período de janeiro a junho de 2011, decorrente do Auto de Infração em tela, por quanto à lavratura e ciência da autuação em 16/06/2016, não pode ser acolhida.

Trata-se o Auto de Infração da constituição do crédito tributário do ICMS no valor de R\$56.893,79 decorrente do lançamento de quatro infrações, sendo a primeira por utilização indevida de crédito fiscal do imposto, referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por antecipação tributária; a segunda por utilização indevida de crédito fiscal do imposto a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação; a terceira por ter efetuado recolhimento a menor do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação; e a quarta infração, também, por ter efetuado recolhimento a menor do imposto antecipação parcial de mercadorias enquadradas no instituto normal de apuração do imposto, oriundas de outras unidades da Federação, com fins de comercialização.

Como tal, todas as infrações constituídas remetem a contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Contar-se-ia o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 170, inciso I, do CTN, como defendido pelo d. Agente Fiscal e acompanhado pelo i. Relator, quando: a) o defendente declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento, b) ou o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável, c) e/ou o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo fraude ou simulação.

Nenhuma dessas três situações de ações de procedimentos do defendente vejo presente nos autos. O i. Relator, em seu voto, deixar entender que o sujeito passivo teria omitido prestar informações ao fisco (art. 149, incisos II e III, do CTN), sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, com isso, à luz do seu entendimento, não se pode falar na aplicação da regra do art. 150, § 4º, do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamento do

tributo. Não havendo pagamento antecipado, diz o i. Relator, não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Há de se destacar que a disposição do CTN que trata dos aspectos decadenciais da autoridade fiscal em cobrar o tributo, se conta o prazo da data do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN) ou a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador (art. 170, inciso I, do CTN); não diz respeito ao ato de homologar o tributo, que é uma atividade do d. Agente Fiscal quando do desenvolvimento do seu trabalho de fiscalização; mas, sim, quando do cumprimento de sua Ordem de Serviço encontrar fatos do tipo em que o defendente declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento, o defendente não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável, e/ou o defendente não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo fraude ou simulação. Neste sentido, como anteriormente destacado, não se vê qualquer desses elementos presentes neste Auto de Infração em análise.

O que se vê, da análise das peças que compõe o presente processo, são controvérsias, entre as partes, na interpretação das normas cabíveis do ICMS, que regulamentavam as operações de circulação de mercadorias, objeto do demonstrativo que deram causa a Infração 1 e 2, intrínseco do processo administrativo fiscal, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), bem assim das Infrações 3 e 4, em que pese o defendente ter-se mantido silente quanto ao mérito, relativo a essas duas última infrações.

Tanto é verdade que, em sede de informação fiscal, o d. Fiscal Autuante, rebateu todas as considerações de defesa de mérito em relação às infrações 1 e 2, não reconhecendo a procedência das considerações de defesa, em que foi acompanhado pelos membros da junta de julgamento, inclusive por mim.

O fato do fisco não concordar com os argumentos de mérito da defesa, e a primeira instância de julgamento acompanhar o entendimento da fiscalização, não credita a interpretação do i. Relator de que o defendente omitiu informações ao fisco, e que por isso impera a interpretação de aplicação do art. 170, inciso I, do CTN para a contagem do prazo decadencial da autoridade fiscal em cobrar o tributo, ou seja, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador, que é o objeto desse voto discordante de minha lavra. Aliás, foram as emissões das documentações e os respectivos lançamentos nos livros/documentos fiscais competentes que permitiu ao d. Agente Fiscal desenvolver a lavratura do Auto de Infração, em tela, com quatro infrações constituídas e julgadas procedentes, no mérito, por todos os membros da junta de julgamento.

Também, não observo nos autos, qualquer situação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação na constituição de fatos que pudessem vim a dá sustentação de que tal recolhimento a menor do ICMS, em relação a quatro infrações do Auto de Infração, objeto em análise, na forma da acusação, não tenha sido por erro na interpretação da legislação em relação ao objeto da autuação, que, também, é observado pelo i. Relator no corpo do seu voto.

Desta forma, do tanto quanto aqui percorrido, onde não observo qualquer situação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação na constituição dos fatos que deram causa as Infrações objeto do Auto de Infração, objeto em análise, entendo que, para as ocorrências dos fatos geradores de todos os quatro itens da autuação, as ocorrências dos fatos geradores, conta-se o prazo decadencial, com enquadramento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, conforme a seguir descrito:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (Grifo acrescido)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.(Grifos acrescidos)

Desta forma, resta razão a arguição do defendente, em relação aos fatos geradores, relativo ao período de 01/01/2011 a 16/06/2011, data da lavratura e ciência da autuação, tenha imperado a decadência. Aliás, tal entendimento vem a respeitar a orientação da Procuradoria Geral do Estado, através do Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016, datado de 22/11/2016, em que promoveu a uniformização de suas orientações jurídicas a cerca de alguns temas relacionados ao ICMS. Dentre eles, o de decadência, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** Infração nº **232941.3002/16-9**, lavrado contra **LOJAS SIMONETTI LTDA**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.893,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE