

A. I. N° - 279115.0005/17-1
AUTUADO - CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA.
AUTUANTES - NILCEIA DE CASTRO LINO, SUELY CRISTINA TENÓRIO M. RIBEIRO, JORGE CALMON M. DE BITENCOURT FILHO, CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/12/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0243-03/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RETIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos, que as operações autuadas não se realizaram, pois envolveram mercadorias efetivamente devolvidas pelo Autuado ou pelos destinatários. Infrações insubsistentes. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 12/06/2017, exige crédito tributário no valor de R\$124.588,67, acrescido da multa de 150%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 08.15.01 - deixou de recolher o ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia nos meses de março, agosto, novembro de 2012 no valor de R\$4.204,63;

Infração 02 - 08.15.01 - deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de abril, maio, julho e setembro de 2013, no valor de R\$5.907,02;

Infração 03 - 08.15.01 - deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a março, junho, agosto, setembro e novembro de 2014, no valor de R\$59.342,73;

Infração 04 - 08.15.01 - deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2015, no valor de R\$35.940,38;

Infração 05 - 08.15.01 - deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a março, outubro a dezembro de 2016, no valor de R\$19.193,91;

O autuado ingressa com defesa fls. 21/37, mediante advogado, procuração fl.39. Requer seja recebida e processada conforme a legislação vigente onde deverá ser julgada procedente e se decida pelo cancelamento do auto de infração.

Diz que a empresa foi autuada, nos termos observados no auto de infração em epígrafe, por supostamente deixar de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos períodos de 2012, 2013, 2014, 2015 e 2016.

Afirma que demonstrará na defesa, que ao contrário do que afirmou o Agente Fiscal, a empresa

sempre adimpliu integralmente suas obrigações tributárias, sem qualquer atitude que implicasse lesão ao Erário, fato que não foi acertadamente verificado pela fiscalização e que ensejou a lavratura deste Auto de Infração.

De início, diz sustentar a ocorrência de decadência parcial, das reclamações constantes do lançamento, no tocante aos fatos geradores de 31/03/2012.

Aduz que com a inércia do credor em constituir o crédito tributário no prazo devido, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que nas exações cujo lançamento se faz por homologação, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (150, § 4º, do CTN (STJ - RESP 504822 - PR - 2ª T. - Relª Min. Eliana Calmon - DJU 25.01.2004 -p. 00149). Portanto, o crédito relativo à cobrança do tributo deve ser constituído dentro do prazo decadencial de 5 anos em obediência ao Código Tributário Nacional, sob pena de extinção, na dicção dos artigos 150, § 4º e 156, V, que transcreve.

Diz não ser demais reforçar, que no caso em tela a decadência operou-se, uma vez que o suposto crédito tributário superou o prazo legal para sua constituição definitiva.

Assim, se o Fisco entender que a atividade exercida pelo contribuinte está equivocada, ocasionando redução tributária, caberá o lançamento complementar, por via de lançamento direto, porém, dentro do prazo decadencial de cinco anos previsto no § 4º, do art. 150, do CTN.

No presente caso, os fatos geradores ocorridos em 31/03/2012 tiveram sua constituição definitiva somente em 06/2017, com a ciência da Defendente acerca da lavratura do presente auto. Logo, o prazo decadencial de cinco anos se operou.

Neste caso, requer a declaração da decadência do direito da defendente, por não ter observado o prazo de 05 (cinco) anos para lançar parte do suposto crédito tributário.

Sustenta que em que pese o esforço realizado pela autoridade fiscal para a realização do presente lançamento, restará demonstrado que as infrações aqui discutidas não se coadunam com a realidade documental e com as práticas realizadas pela defendente.

Afirma que a introdução do instituto da substituição tributária no direito positivo pátrio ocorreu por meio do Código Tributário Nacional (Lei 5.172 de 1966), através do já revogado art. 58, § 2º, II, “a” e “b”. O mesmo Código em seu art. 128 que foi recepcionado pela Lei Maior e ainda vigente, atribui à Lei ordinária, a competência para a implantação do instituto da substituição.

No entanto, na atual Carta Magna, a substituição tributária veio a ser constitucionalizada pela mesma emenda constitucional, restou que cabe à lei complementar dispor sobre substituição tributária do ICMS, como reza o artigo 155, § 2º, XII, “b” da Constituição atual. Reproduz o art. 6º da Lei Complementar 87/96.

Dessa forma, assevera que em relação ao ICMS, em obediência ao comando constitucional, o artigo 6º da Lei nº. 87/96 estabelece que a lei estadual poderá atribuir a terceiro a responsabilidade retenção e pelo recolhimento do imposto podendo o contribuinte ser dispensado do cumprimento da obrigação principal ou ainda responder pelo seu cumprimento em caráter parcial ou supletivo.

Já no Estado da Bahia, a atribuição constitucionalmente prevista, encontra-se no art. 10 da Lei nº. 7014 /96 e foi justamente neste dispositivo que a infração foi impugnada c/c cláusulas 2ª, 3ª e 4ª do Convênio ICMS 76/94 e alterações posteriores.

Alega que nada deve no tocante ao ICMS ST das operações em questão. Isso porque, os valores considerados devidos pelo Fisco, na verdade não o são, pelo simples fato das mercadorias a ele referentes terem sido devolvidas à Autuada. Ora, se as operações de qualquer forma foram desfeitas, se o negócio jurídico de fato não ocorreu com a devolução das respectivas mercadorias, não há que se falar na cobrança do ICMS/ST.

Para que o Auto fosse corretamente lavrado, mister se faz que o Fiscal levantasse os documentos

fiscais correspondentes às devoluções de mercadorias à Autuada, com a verificação pormenorizada dos valores correspondentes ao ICMS ST dessas mercadorias, para que esses fossem abatidos dos valores originariamente tido como devidos pela operação originária de venda de mercadorias. Isso se impõe em razão da natureza da acusação.

Assim, o Auto de Infração foi lavrado em desconformidade com a legislação vigente, ocorrendo significativa ofensa aos ditames legais e levando a Autuada a ser responsabilizada pelo pagamento de valores que, de fato, não são devidos.

Ressalta ainda, que o lançamento tributário, peça essencial para a constituição do crédito conforme artigo 142 do Código Tributário Nacional, se encontra carente de fundamentação, pois lavrado sem qualquer levantamento específico que concretizasse as alegações da fiscalização. Nesse sentido impende trazer à baila lições do Professor e Jurista Ives Gandra da Silva Martins.

Assevera que caso tivessem sido consideradas as notas fiscais de devolução, o Agente Fiscal constataria de plano, que nenhum valor é devido a título de ICMS ST, pois as mercadorias envolvidas nas operações que o Fisco busca tributar foram devolvidas.

A fim de comprovar o alegado, o Autuado junta à defesa, cópias de todas as notas fiscais de saídas com as respectivas devoluções (doc. 32 a 221), a fim de comprovar a total improcedência do Auto de Infração.

Frisa que todas as operações foram acobertadas, por documentos fiscais hábeis e legalmente emitidos, comprovando a devolução das mercadorias, cujas operações foram erroneamente tributadas pelo Fisco.

Afirma que essas notas fiscais de devolução emitidas pelos clientes da Autuada foram absolutamente e especificadamente desconsideradas pelo Fisco, pois sempre estiveram à sua disposição.

Ressalta que nos casos em que as mercadorias devolvidas sequer entraram no estabelecimento de destino, a própria Autuada emitiu a nota de devolução (entrada) e, nesses casos específicos, o Fisco considerou essa nota de devolução como nota de saída e acabou por duplicar os valores exigidos. Tais questões são facilmente compreendidas pela simples leitura da planilha que elabora.

Assim, comenta serem improcedentes as infrações imputadas, de que não procedeu ao recolhimento do ICMS-ST, justamente pelo fato de as operações de compra e venda não terem de fato ocorrido, tendo o Autuado procedido conforme a legislação vigente, a fim de comprovar tais devoluções.

E por tais razões, espera o acolhimento de sua defesa, quer pela preliminar, quer pelo mérito, e seja o Auto de Infração cancelado e arquivado.

Os Autuantes prestam a informação fiscal, fls.225/226. Repetem as infrações imputadas ao autuado. Afirmam que o sujeito passivo alega, por meio do processo SIPRO nº 101664/2017-2, interposto tempestivamente, que os valores considerados devidos pelo Fisco, na verdade não o são, pelo fato de as mercadorias a ele referentes terem sido devolvidas à Autuada.

Sustentam que efetivamente verificam que as notas fiscais relacionadas nos relatórios foram objeto de devolução, tanto através de notas fiscais de entradas emitidas pela Autuada, como por notas fiscais emitidas pelos destinatários.

Afirmam que, contactado, o setor de informática informou que devido a uma falha na carga das notas de entrada no sistema de auditoria, tais notas de devolução não foram incluídas na tabela de notas fiscais selecionadas para a auditoria. Declaram que feita a correção no sistema, verificam que não há qualquer valor a reclamar da presente infração - ICMS ST retido e não recolhido.

À vista do exposto, sustentam que se deve acolher integralmente a solicitação da Defendente, cancelando-se a presente Autuação Fiscal.

Concluem os auditores que cabe integral razão ao Defendente nas suas alegações e, devido ao quanto explanado, deve o presente Auto de Infração ser cancelado e arquivado.

VOTO

O Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos exercícios de 2012 a 2016.

O defendente arguiu a decadência das exigências constantes do lançamento, no tocante aos fatos geradores até 31/03/2012. Afirmou que considerando que só tomou ciência do Auto de Infração em junho de 2017, já teriam decorridos mais de cinco anos dos fatos geradores.

O entendimento que vem prevalecendo no CONSEF é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte”.

A partir dessa análise, verifico que a acusação fiscal trata-se de imposto declarado e não pago, portanto, assiste razão ao contribuinte e os eventos ocorridos até 31/03/2012 estariam fulminados pela decadência. Entretanto, este fato não trará qualquer repercussão para a Decisão a ser tomada, considerando que no mérito, no presente caso, as infrações são improcedentes.

Nas razões defensivas, o impugnante alegou que não foram consideradas as notas fiscais de devolução, pelo Agente Fiscal. Disse que nenhum valor é devido a título de ICMS ST, pois as mercadorias envolvidas nas operações que o Fisco busca tributar foram devolvidas. Para comprovar o alegado, junta a defesa cópias de todas as notas fiscais de saída com as respectivas devoluções (doc. 32 a 221), demonstrando a devolução das mercadorias, cujas operações foram erroneamente tributadas pelo Fisco.

Os Autuantes na informação fiscal declararam que, efetivamente, verificaram que as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal foram objeto de devolução, tanto através de notas fiscais de entradas emitidas pela Autuada, como por notas fiscais emitidas pelos destinatários.

Esclareceram que, contatado o setor de informática, foram informados que devido a uma falha na carga das notas de entradas no sistema de auditoria, tais notas de devolução não foram incluídas na tabela de notas fiscais selecionadas para a auditoria. Declararam que feita a correção no sistema, constatou-se que não há qualquer valor a reclamar da presente infração - ICMS ST retido e não recolhido. Concluíram que se deve acolher integralmente a solicitação da Defendente, cancelando-se a presente Autuação Fiscal.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico constar dos autos os documentos fiscais trazidos pela defesa fls. 03 a 41 comprovam a alegação do defendente, descaracterizando as infrações aqui relacionadas. Dessa forma, acato as conclusões dos autuantes considerando que as irregularidades apontadas se revelaram insubsistentes.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 279115.0005/17-1**, lavrado contra **CRISTÁLIA PRODUTOS QUÍMICOS FARMACÊUTICOS LTDA.**

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR