

PROCESSO - A. I. N° 275290.0401/14-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e RENAULT DO BRASIL S.A.
RECORRIDOS - RENAULT DO BRASIL S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0068-01/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO cjf n° 0217-12/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Autuado elide este item da autuação. A própria autuante na Informação Fiscal reconheceu que, por equívoco na inserção da fórmula da diferença do imposto nas células da planilha, o resultado produzido foi positivo, quando, na verdade, o correto é justamente o inverso, ou seja, implicando em recolhimento a mais por parte do autuado. Considerando que, efetivamente, a exigência fiscal de que cuida este item da autuação decorreu de um equívoco incorrido pela Fiscalização na auditoria realizada, já que inexistiu a falta de recolhimento do ICMS retido atribuída ao autuado, a infração 1 é insubstancial. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Alegações defensivas atinentes às devoluções não restaram comprovadas. A análise das razões defensivas em confronto com os registros feitos pela autuante na Informação Fiscal referente às Notas Fiscais Eletrônicas arroladas neste item da autuação permite constatar que assiste razão a autuante quanto à manutenção da exigência fiscal. Infração 2 subsistente. **c)** IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Apesar de o autuado não se reportar especificamente sobre este item da autuação, nada aduzindo quanto ao levantamento levado a efeito pela Fiscalização em termos valorativos ou quantitativos, o pagamento do valor do débito atinente a esta infração, constante no Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT confirma o acerto da autuação, sendo, desse modo, subsistente, cabendo a homologação do pagamento efetuado. Infração procedente. Não acolhida a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício contra a decisão da 1ª JJF, através do Acórdão n° 0068-01/17, referente Auto de Infração, lavrado em 18/12/2014, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$496.604,33, em decorrência do cometimento das seguintes infrações objeto dos presentes recursos:

1. Deixou 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 realizadas sob amparo dos Convênios ICMS 132/92 e 51/00, nos meses de fevereiro, maio, novembro e dezembro de 2011, com apuração no confronto entre o somatório dos valores retidos nas Notas Fiscais, consideradas as devoluções informadas nas GIAs-ST, e os efetivamente recolhidos (v. Anexo I, parte integrante deste PAF), sendo exigido ICMS no valor de R\$65.409,13, acrescido da multa de 150%. Consta que os valores deste item não contemplam as diferenças apuradas nas devoluções, motivo da autuação relativa ao item seguinte;
2. Deixou 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 realizadas sob amparo dos Convênios ICMS 132/92 e 51/00, imposto este declarado nas GIAs-ST, transmitidas eletronicamente para a SEFAZ/BA, nos meses de janeiro, abril, julho, outubro a dezembro de 2010, março a maio, julho a dezembro de 2011, abril, maio, julho e dezembro de 2012, em virtude de dedução no montante retido a recolher nos meses indicados no Anexo II, parte integrante deste PAF, por conta de devoluções, sem, contudo, apresentar comprovação das efetivas saídas e retornos das mercadorias, ou cujas mercadorias foram entregues em outras Unidades da Federação, no caso de faturamento direto a consumidor final, ou nos casos em que não houve retenção do imposto quando da emissão dos documentos fiscais, sendo exigido ICMS no valor de R\$386.507,44, acrescido da multa de 150%;
3. 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 realizadas sob amparo dos Convênios 132/92 e 51/00, nos meses de fevereiro e março de 2010, maio de 2011, setembro a dezembro de 2012, em virtude de erro na apuração na base de cálculo do ICMS-ST ou do ICMS próprio, com repercussão no valor final a ser retido (v. Anexo III, parte integrante deste PAF), sendo exigido ICMS no valor de R\$44.687,76, acrescido da multa de 60%. Consta a informação de que os cálculos contemplam as reduções da base de cálculo previstas nos Convênios ICMS 50/99 e 133/02.

A Decisão recorrida apresentou, quanto ao mérito, o seguinte conteúdo, abaixo transscrito:

VOTO

“Inicialmente, no que tange à alegação do impugnante de que não consta no corpo do Auto de Infração a indicação dos valores monetários correspondentes à multa e acréscimos moratórios, verifica-se que, efetivamente, não procede tal alegação.

Isto porque, consta sim no corpo do Auto de Infração, precisamente no campo Total do débito (valor histórico) R\$, o seguinte registro: O débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimos moratórios e multa conforme discriminado no Demonstrativo de Débito anexo.

No referido anexo do Auto de Infração - acostado à fl. 06 dos autos - é possível constatar a existência das colunas Débito, C. Monetária, A. Moratórios, Multa, com a indicação dos respectivos valores, conforme o caso.

Portanto, descabe a alegação defensiva de que a falta de tais informações, deixa impreciso o lançamento e induz o contribuinte em erro, pois mascara o real valor exigido. Aliás, cabe registrar que, o próprio autuado aduziu que o valor exigido atinge quase três vezes mais que o valor histórico informado, sendo que, no presente caso, a soma das infrações alcançou, em 18/12/2014, a quantia de R\$1.345.618,95.

Ora, o valor aduzido pelo impugnante consta no mencionado Anexo do Auto de Infração, no qual, reitere-se, estão discriminados os valores referentes ao débito, acréscimos moratórios e multa, provavelmente não observado, por equívoco, pelo impugnante.

O impugnante argui a nulidade do Auto de Infração sustentando que está alicerçado em descrição deficitária do fato imponível e seus reflexos e descrição incompleta dos valores envolvidos, no tocante às infrações 1 e 2, pois, segundo diz, limita-se em reportar suas conclusões, exclusivamente, em planilhas de cálculos que instruíram o processo.

A análise das razões defensivas juntamente com as condutas infracionais imputadas ao autuado descritas nos itens 1 e 2 do Auto de Infração, bem como dos respectivos Anexos I e II que são parte integrante do PAF, permite constatar que não há como prosperar a pretensão defensiva.

Verifica-se que ambas as exigências fiscais dizem respeito ao ICMS retido e não recolhido pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Na infração 1, em face do confronto dos valores do imposto retido destacados nas Notas Fiscais arroladas neste item da autuação e os valores efetivamente recolhidos. Na infração 2, em virtude de dedução do montante retido a recolher no período indicado na autuação, constante no Auto de Infração e respectivo Anexo II, em face de devoluções sem a necessária comprovação.

Observa-se, ainda, que o autuado recebeu em arquivos eletrônicos todos os elementos produzidos pela

Fiscalização na autuação, no caso os Anexos, as GIAs-ST; a Relação de DAEs/GNREs e as Notas Fiscais Eletrônicas, referentes aos exercícios de 2010 a 2013, mediante CD ROM, conforme recibos de recepção emitidos pelo Sistema Autenticador da SEFAZ/BA acostados às fls. 179 a 201.

Portanto, o impugnante pode exercer plenamente o seu direito de ampla defesa e do contraditório, o que, efetivamente, fez, ao consignar o seu inconformismo quanto ao mérito da autuação detalhadamente.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, relativamente à infração 1, constato que procede a alegação defensiva atinente à improcedência deste item da autuação. De fato, restou comprovada a inexistência de falta de recolhimento do ICMS-ST, conforme exigido nesta infração.

Relevante consignar que a própria autuante, na Informação Fiscal, reconheceu assistir razão ao impugnante. Esclareceu a autuante que no levantamento realizado, para determinar se foram feitos os recolhimentos conforme informado nas GIAs-ST (fls. 88 a 171) enviadas eletronicamente à SEFAZ/BA pelo autuado, apurou o resultado pela soma das parcelas dos valores do imposto retido nas Notas Fiscais Eletrônicas, conforme planilha "ICMS-ST Retido_2011" (fl. 10) e comparou os resultados encontrados com os valores informados nas GIAs-ST.

Acrescentou a autuante que, nos meses de fevereiro, maio, novembro e dezembro de 2011, muito embora houvesse correspondência entre os resultados encontrados no levantamento, deduzidas as parcelas relativas às devoluções informadas no item 14 e os totais do ICMS-ST a recolher informados no item 21, ambos das GIAs-ST, verificou que o recolhimento do imposto, nestes meses, divergia do valor. Salientou que, por equívoco na inserção da fórmula da diferença do imposto nas células da planilha, o resultado produzido foi positivo, quando, na verdade, o correto é justamente o inverso, ou seja, implicando em recolhimento a mais por parte do autuado.

Conclusivamente, reconheceu como pertinentes os argumentos defensivos e opinou pela improcedência deste item da autuação.

Diante disso, considerando que, de fato, a exigência fiscal de que cuida este item da autuação decorreu de um equívoco incorrido pela Fiscalização na auditoria realizada, já que inexistiu a falta de recolhimento do ICMS retido imputada ao autuado, esta infração é insubsistente.

No que tange à infração 2, a acusação fiscal é de que, em virtude de dedução no montante do ICMS retido a recolher, por conta de devoluções, o autuado não apresentou comprovação das efetivas saídas e retornos das mercadorias, ou cujas mercadorias foram entregues em outras Unidades da Federação, no caso de faturamento direto a consumidor final, ou nos casos em que não houve retenção do imposto quando da emissão dos documentos fiscais.

Verifico que a autuante após apuração do ICMS devido por substituição tributária, realizou o cotejamento com o imposto arrecadado e o declarado nas GIAs-ST enviadas à SEFAZ/BA pelo autuado, tendo identificado diferenças entre o imposto a recolher e o recolhido, conforme a autuação.

Precisamente, constatou que nas GIAs-ST constam valores, a título de devolução, que foram abatidos do ICMS-ST a recolher para o Estado da Bahia pelo autuado, no período objeto da autuação.

Em face dessa constatação, a autuante antes do encerramento da fiscalização intimou o autuado, conforme intimação de fl. 210, a apresentar os elementos hábeis que comprovassem as devoluções, cujos valores foram deduzidos do ICMS-ST a recolher conforme procedido pelo sujeito passivo.

Observo que as Notas Fiscais de devolução arroladas na autuação estão relacionadas no Anexo II, fls. 11 a 79 dos autos, e constam no Anexo I – Detalhamento das Devoluções.

Verifico que, em face dos documentos trazidos pelo autuado quando da apresentação da defesa - acostados às fls. fls. 376 a 465 dos autos - a autuante na Informação Fiscal realizou uma análise detalhada sobre cada documento fiscal, caso a caso, consignando os motivos pelos quais os manteve na autuação.

O exame das razões apresentadas pelo impugnante, bem como da análise procedida pela autuante, conforme referido acima, permite-me concluir o seguinte:

EXERCÍCIO 2010:

- *Notas Fiscais de Devolução nºs 10.734, 10.761, 11.008, 11.042, 1, 30 e 50: Coaduno com a manutenção da exigência. Conforme consignado pela autuante, o autuado não apresentou as Notas Fiscais de Devolução que, também, não constam no Sistema de Nota Fiscal Eletrônica e, de modo igual, a Nota Fiscal de Saída originária. Portanto, mantida a exigência;*
- *Nota Fiscal de Devolução nº 29.634: - Assiste razão a autuante. De fato, consta como data de emissão*

08/01/2010, como remetente Eurovia Veículos Ltda., CNPJ nº 02.671.595/0005-66, destina o veículo Master F22 G9 AMBI C para a Renault e indica no campo Informações Complementares, que se trata de "Devolução n/NF número: 000274-26 Veículo de nossa propriedade que segue para demonstração devendo retornar posteriormente". A Nota Fiscal de Saída originária indicada, tem data de 01/12/2008 e destina o veículo Clio Campus 5p 10 16V 0809 PM para Globo Comércio de Veículos e Peças Ltda., CNPJ nº 00.379.858/0008-85, sendo que, no campo Informações Complementares consta a informação: "Veículo de nossa propriedade que segue para reparo, devendo retornar. Suspensão do ICMS conf. art. 299 - Dec. nº 1980/07 - RICMS/PR". Portanto, a Nota Fiscal de Devolução não guarda qualquer correspondência com a Nota Fiscal de Saída originária, que, além do mais, não teve retenção do ICMS-ST. Mantida a exigência fiscal;

- Nota Fiscal de Devolução nº 28.263. Assiste razão a autuante. Refere-se ao retorno de veículo faturado diretamente a consumidor, na forma do Convênio 51/00, residente em Foz do Iguaçu - PR para ser entregue à concessionária Fórmula Comércio de Automóveis Ltda., localizada, também, em Curitiba - PR, cuja Nota Fiscal de Saída originária tem o nº 17.474. A concessionária indicada no documento fiscal para a entrega do veículo está localizada no Paraná, Estado onde é devida a parcela do imposto relativa à operação sujeita ao regime de sujeição passiva por substituição, conforme estabelece o Convênio ICMS 51/00, Cláusula primeira, § 2º, portanto, não tendo qualquer relação com o Estado da Bahia e, consequentemente, não lhe cabendo o imposto retido. Assim sendo, não tendo recebido qualquer parcela do imposto, descabe deduzir para o Estado da Bahia o imposto devido a outro estado. Mantida a exigência fiscal.
- Nota Fiscal de Devolução nº 38.393 – Assiste razão a autuante. Esta Nota Fiscal refere-se ao retorno de veículo faturado diretamente a consumidor, na forma do Convênio 51/00, residente no Rio de Janeiro - RJ para ser entregue à concessionária Eiffel Comércio Automotivo Ltda., localizada, também, no Rio de Janeiro - RJ, cuja Nota Fiscal de Saída originária é a de nº 23.021, onde consta a mesma informação. Conforme o Convênio ICMS 51/00, Cláusula primeira, § 2º, o ICMS-ST é devido ao Estado do Rio de Janeiro, não estando o Estado da Bahia envolvido na operação, descabendo, portanto, a dedução no imposto devido pelo autuado. Mantida a exigência;
- Nota Fiscal de Devolução nº 51.723 – Assiste razão a autuante. Da mesma forma que a análise anterior, esta Nota Fiscal de devolução refere-se à operação de retorno de veículo faturado diretamente a consumidor, na forma do Convênio 51/00, localizado em Petrópolis - RJ para ser entregue à filial da concessionária Original de Teresópolis Veículos Ltda., localizada, também, em Petrópolis - RJ, cuja Nota Fiscal de Saída originária é a de nº 42.585, onde consta a mesma informação. A concessionária responsável pela entrega do veículo está localizada no Estado do Rio de Janeiro, onde é devido o ICMS-ST, na forma do Convênio ICMS 51/00, Cláusula primeira, § 2º, descabendo o abatimento realizado pelo o autuado do montante a recolher para o Estado da Bahia. Mantida a exigência;
- Nota Fiscal de Devolução nº 54.936 - Assiste razão a autuante. Refere-se à operação de retorno de veículo faturado diretamente a consumidor, na forma do Convênio 51/00, localizado em Santos - SP para ser entregue à concessionária Estoril Distribuidora de Veículos Ltda., localizada, também, em Santos - SP, cuja Nota Fiscal de Saída originária é a de nº 50.644, onde consta a mesma informação. A concessionária responsável pela entrega do veículo está localizada no Estado de São Paulo, onde é devido o ICMS-ST, descabendo o abatimento realizado pelo o autuado do montante a recolher para o Estado da Bahia. Mantida a exigência;
- Notas Fiscais de Devolução nºs 42.912, 42.913, 42.914 e 42.915 – Assiste razão a autuante. Estes documentos fiscais têm como Notas Fiscais de Saídas originárias as de nºs 38.946, 38.947, 38.983 e 391.166, respectivamente, que circularam sem retenção do ICMS-ST. Certamente que, como não houve retenção do imposto na Nota Fiscal de Saída originária, não pode ser feito o abatimento no montante do imposto a recolher quando de seu retorno em devolução. O RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, estabelece com clareza esse impedimento no inciso VI do art. 368. Mantida a exigência;
- Nota Fiscal de Devolução nº 51.754 – Assiste razão a autuante. Esta Nota Fiscal de retorno de mercadoria não entregue tem como Nota Fiscal de origem a de nº 39.453, ambas com retenção do ICMS-ST no valor de R\$2.188,47. No entanto, o autuado abateu no montante relativo ao imposto devido no mês outubro de 2010 o valor de R\$6.361,65, conforme se verifica claramente nas GIAs-ST acostadas às fls. 106 a 108. Assim sendo, o valor de R\$4.173,18 foi abatido a mais do que o efetivamente permitido. Vale observar que a autuante de forma correta exigiu apenas a diferença entre o valor retido constante nos referidos documentos fiscais e o valor constante na GIA-ST consignado pelo autuado a maior. Mantida a exigência;
- Nota Fiscal de Devolução nº 53.995 - Assiste razão a autuante. A Nota Fiscal de Devolução foi cancelada, consequentemente, não tem mais nenhum valor monetário ou jurídico, não podendo, assim, servir para abatimento no total do ICMS-ST retido a recolher. Mantida a exigência fiscal;

EXERCÍCIO 2011:

- *Notas Fiscais de Devolução nºs 645 e 73.843 - Assiste razão a autuante. O autuado não apresentou as Notas Fiscais de Devolução. Relevante o registro feito pela autuante no sentido de que tais notas fiscais não constam no Sistema de Nota Fiscal Eletrônica, como, de fato, não se encontram. Além disso, o autuado não apresentou a Nota Fiscal de Saída originária. Observo que, apesar de intimado, o autuado não apresentou elementos hábeis capazes de elidir a acusação fiscal atinente a estas notas fiscais. Mantida a exigência fiscal;*
- *Notas Fiscais de Devolução nºs 4.847, 14.805, 4.664, 4.808, 24.438, 24.439, 24.441, 24.962, 25.102, 25.676, 25.677 e 29.375 – Assiste razão a autuante. Efetivamente, se verifica que as referidas Notas Fiscais foram emitidas sem a devida retenção do ICMS substituição tributária, cujo campo se encontra zerado. Mantida a exigência;*
- *Nota Fiscal de Devolução nº 48.491 – Assiste razão a autuante. Esta Nota Fiscal de Entrada, além de não apresentar a retenção do imposto por substituição, ainda tem o agravante de não informar a vinculação à Nota Fiscal de Saída originária. Há que se fazer a vinculação entre as notas fiscais para se permitir a comprovação de que se trata de devolução. Mantida a exigência;*
- *Nota Fiscal de Devolução nº 61.004 – Assiste razão a autuante. Esta Nota Fiscal de Entrada em devolução refere-se à operação de retorno de veículo faturado diretamente a consumidor, na forma do Convênio ICMS 51/00, localizado em Magé - RJ para ser entregue à concessionária Original de Teresópolis Veículos Ltda., localizada em Teresópolis - RJ, cuja Nota Fiscal de Saída originária é a de nº 55.241, onde consta a mesma informação. No caso, a concessionária responsável pela entrega do veículo está localizada no Estado do Rio de Janeiro, onde é devido o ICMS-ST, portanto, descabendo a dedução do valor do imposto desta operação do montante a recolher para o Estado da Bahia, que não é o sujeito ativo da relação tributária. Mantida a exigência;*
- *Nota Fiscal de Devolução nº 65.892 – Assiste razão a autuante. Trata-se de Nota Fiscal relativa a retorno de mercadoria que fora destinada à Argentina, operação em que o ICMS não incide por se tratar de exportação. Dessa forma, a Nota Fiscal de Saída originária nº 120.041 circulou sem retenção do ICMS-ST e, na mesma medida, não houve retenção na Nota Fiscal de Devolução, não havendo, assim, o que se falar de abatimento do ICMS-ST devido à Bahia. Mantida a exigência fiscal;*
- *Relativamente às Notas Fiscais de Devolução abaixo relacionadas, assiste razão a autuante. Verifica-se que, de fato, os DANFEs referentes às mencionadas Notas Fiscais não contêm o destaque do ICMS-ST, ou seja, não foi efetuada a devida retenção do imposto devido por substituição tributária pelo autuado.*

Inexplicavelmente, o impugnante colacionou aos autos cópias de DANFEs referentes às mesmas Notas Fiscais, tendo como destinatário/remetente Brune Veículos Ltda., onde constam os destaques do ICMS-ST.

Em face dessa divergência foi realizada pesquisa no Sistema Web de Notas Fiscais Eletrônicas da SEFAZ/BA, o que permitiu confirmar que os DANFEs corretos são aqueles acostados pela autuante na ação fiscal.

Por se tratar de um fato relevante para deslinde da questão reproduzo abaixo a tabela elaborada pela autuante, na qual há indicação das folhas dos autos onde consta o número das Notas Fiscais e respectivos DANFEs anexados por ela - autuante - e pelo impugnante:

DANFE nº	Anexado na Lavratura do A.I.	Acostado ao PAF pela Autuada
21.710	fl. 49	fl. 391
21.711	fl. 50	fl. 392
24.418	fl. 55	fl. 393
24.419	fl. 56	fl. 394
24.424	fl. 57	fl. 395
24.425	fl. 58	fl. 396
24.426	fl. 59	fl. 397
24.427	fl. 60	fl. 398
24.428	fl. 61	fl. 399
24.429	fl. 62	fl. 400
24.430	fl. 51	fl. 401
24.431	fl. 52	fl. 402
24.432	fl. 53	fl. 403
24.433	fl. 54	fl. 404
24.434	fl. 63	fl. 405
24.435	fl. 64	fl. 406
24.436	fl. 65	fl. 407
24.437	fl. 66	fl. 408

Diante disso, fica mantida a exigência fiscal atinente a estas Notas Fiscais;

- *Notas Fiscais de Devolução nºs 7.065, 7.066, 7.338, 7.339, 8.660, 8.661, 8.662, 8.663, 8.664 e 8.929 –*

Assiste razão a autuante. O impugnante acostou aos autos "Cartas de Correção", todas visando alterar o campo "Valor do ICMS Substituição" das Notas Fiscais Eletrônicas. Ocorre que as "Cartas de Correção" não são documentos hábeis para tanto, uma vez que o RICMS/BA, veda seu uso quando a alteração diz respeito a obrigação tributária principal, isto é, destaque do imposto. De fato, as chamadas "Cartas de Correção" não se prestam a alterar ou modificar os dados constantes nos documentos fiscais atinentes ao imposto. Mantida a exigência;

EXERCÍCIO 2012:

- Nota Fiscal de Devolução nº 91.866 – Assiste razão a autuante. Não foi apresentada a Nota Fiscal de Devolução que, também, não consta no Sistema de Nota Fiscal Eletrônica e, de forma igual, a Nota Fiscal de Saída originária. Apesar de intimado o autuado não apresentou o elemento comprobatório indispensável para elidir a acusação fiscal. Mantida a exigência;
- Notas Fiscais de Devolução nºs 92.174, 92.179, 92.180, 92.181, 92.183, 92.184, 92.186, 92.187, 92.189, 92.193, 92.196, 92.198, 92.203 e 92.205 – Assiste razão a autuante. Estas Notas Fiscais de Entradas foram canceladas no Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas, não tendo, assim, nenhum valor legal e, por consequência, não podem ser utilizadas para abatimento no total do ICMS-ST retido a recolher. O impugnante acostou aos autos cópias de seu sistema de controle interno denominado "SAP", fls. 410, 412 a 416, 418 a 424 e 426, que não têm o condão de revalidá-las, haja vista que não conferem legalidade às Notas Fiscais canceladas. Juntou ao PAF, também, novos DANFEs (fls. 433, 434, 439, 440, 444 a 446, 448, 449, 453 a 455, 463 e 464) a título de "re emissão" (fl. 428), que se reportam às Notas Fiscais em tela no campo "Informações Complementares", providência esta que não desfaz o cancelamento já efetuado. Mantida a exigência fiscal;
- Notas de Devolução nºs 92.178, 92.185, 92.204 e 97.530 – Assiste razão a autuante. Estas Notas Fiscais também foram canceladas no Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas, portanto, sem valor legal e, como já evidenciado no item anterior, as cópias de seu sistema interno "SAP", juntadas ao PAF às fls. 411, 417, 425 e 427, também não possuem o poder de revalidá-las. Para estas notas, não acostou nenhum DANFE de "re emissão". Mantida a exigência fiscal;
- Notas de Devolução nºs 92.208, 92.211, 92.213, 92.214, 92.218, 92.223, 92.224, 92.228, 92.230, 92.231, 92.233, 92.237, 92.244, 92.257, 92.265, 92.270, 92.271, 92.275, 92.282, 92.284, 92.285 e 92.291 – Assiste razão a autuante. Estas Notas Fiscais estão canceladas no Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas e não têm valor legal. Relativamente a estas Notas Fiscais canceladas o impugnante acostou aos autos novos DANFEs às fls. 429 a 432, 435 a 438, 441 a 443, 447, 451 a 452, 456 a 462 e 465, também a título de "re emissão", contudo, tal providência não desfaz o cancelamento já efetuado. Mantida a exigência fiscal;
- Notas Fiscais de Devolução nºs 92.219, 92.241, 92.252, 92.266 e 92.289 – Estas Notas Fiscais estão canceladas no Sistema de Notas Fiscais Eletrônica, e, por conseguinte, não tem valor legal. Não foram acostados aos autos quaisquer documentos capazes de justificar o abatimento realizado pelo autuado do montante do ICMS-ST a recolher, informado nas GIAs-ST. Mantida a exigência fiscal;
- Nota Fiscal de Devolução nº 99.783: Esta Nota Fiscal de Entrada (fl. 78), emitida em 28/12/2012, cujo valor foi abatido do total do ICMS-ST a recolher no mês de dezembro/2012, conforme GIA-ST acostada às fls. 170/171, traz no campo "Informações Complementares" a informação de que se trata de devolução referente à Nota Fiscal de Saída nº 343.374 série 6, de 13/10/2011 (fl. 79). A comparação dos dados constantes nos referidos documentos fiscais permite constatar a inexistência de correlação entre ambas, o que demonstra a impropriedade do abatimento efetuado. Ademais, a Nota Fiscal originária nº 343.374 destina veículo, em operação de vendas a contribuinte do imposto localizado na cidade de Canoas, Estado do Rio Grande do Sul, que, no caso, é o sujeito ativo da relação tributária e não o Estado da Bahia. O quadro comparativo elaborado pela autuante, abaixo reproduzido, permite constatar, claramente, as divergências existentes entre os documentos fiscais aduzidos.

CAMPO	NOTA FISCAL DEV. nº 99.783	NOTA FISCAL ORIGINÁRIA nº 343.374
Destinatário/Remetente	Eurocar Veículos Ltda	Weicolo Comércio de Veículos Ltda
CNPJ nº	02.424.301/0001-78	08.117.101/0001-59
Endereço do destinatário	Salvador - Bahia	Canoas - Rio Grande do Sul
Descrição dos Produtos	Veículo SCENIC EXP	Veículos SANDERO EXPRESSION
Peso Líquido	1.280,000	1.470,000
Valor Total da Nota	R\$ 46.680,01	R\$ 30.465,31

Dessa forma, fica mantida a exigência fiscal.

Diante do exposto, esta infração é subsistente.

Relativamente à infração 3, apesar de o autuado não se reportar especificamente sobre este item da autuação, nada aduzindo quanto ao levantamento levado a efeito pela Fiscalização em termos valorativos ou

quantitativos, verifico que consta no Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, o registro de pagamento do valor do débito atinente a esta infração, o que confirma o acerto da autuação, sendo, desse modo, subsistente, cabendo a homologação do pagamento efetuado e, consequentemente a extinção do crédito tributário. Infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.”

Com a motivação acima a 1^a Junta de Julgamento Fiscal declarou a Procedência Parcial do lançamento de ofício, submetendo esta Decisão, nos termos do RPAF/99, a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

A recorrente inconformada com a decisão de piso interpõe Recurso Voluntário especificamente quanto as infrações 2 e 3.

Sinaliza que a infração 1 foi afastada pela decisão recorrida e reconhecida pela própria autuante como sendo indevida, não sendo objeto do presente recurso pois restou pacificado que houve superação desta exação.

Contesta a recorrente para a falta da homologação do valor reconhecido e recolhido em referência a infração 3. Entende que deveria ter sido extirpado do saldo remanescente do auto de infração o valor relativo à infração 3, ou seja, ao invés de R\$431.195,20 informado, o auto deveria subsumir-se ao valor somente da infração 2, ou seja R\$386.507,44.

Quanto a infração 2, explica a recorrente que se trata do lançamento do ICMS-ST retido e não recolhido em operações em que as notas de devolução da mercadoria não foram "validadas" pelo Fisco.

Entende a recorrente que a fundamentação dada pela decisão de piso para manutenção da referida infração inverte o ônus da prova no lançamento fiscal e não têm o condão de concluir pela ocorrência do fato gerador do tributo lançado.

Esclarece que o fato gerador do ICMS corresponde à circulação de mercadoria e, *in casu, diz* a Recorrente, além do ICMS próprio decorrente da sua venda de veículos para concessionárias, sujeita-se à retenção e recolhimento do imposto por substituição (ICMS-ST) relativo à operação subsequente (presumida) referente à venda do veículo da concessionária para o consumidor final.

Entende que, e na hipótese de desfazimento do negócio ou não concretização da venda presumida que ensejou o lançamento do ICMS-ST, fica autorizado o contribuinte a se creditar dos valores recolhidos antecipadamente. Conclui a recorrente que, caso o imposto não tenha sido pago, o tributo não poderá ser exigido quando, em razão do desfazimento do negócio de origem, não for mais possível sustentar a presunção da operação subsequente.

Aponta que a nota de devolução se presta a demonstrar o desfazimento do negócio e que o eventual preenchimento equivocado da nota de devolução a respeito da nota originária não tem o condão de modificar a operação original.

Alega a recorrente que o Fisco possui acesso e controle de todas as notas fiscais eletrônicas em seu próprio banco de dados, sendo infundada a alegação do autuante quando afirma que "NF de Devolução não apresentada" ou "NF de origem não apresentada".

Sinaliza ainda que a não apresentação da nota de devolução não implica na presunção de que não houve devolução de mercadoria, mas tão-somente remete o Fisco a conferir em seus próprios arquivos a situação da nota fiscal.

Contesta a recorrente que a mera presunção de ocorrência da infração fiscal não é suficiente para impor ao contribuinte qualquer sanção quando a Constituição Federal no seu art. 5º, inciso LVIII, garante a presunção da inocência. Cita voto do Ministro Celso de Melo e ensinamentos do jurista Professor Celso Antônio Bandeira de Melo.

Pontua a recorrente para a inconsistência contida na nota de devolução citando a *título de exemplo* a Nota Fiscal nº 99.783 - 12/2012, alegando que referida situação não gerou qualquer

prejuízo ao erário.

Sustenta a recorrente que a falta de destaque da retenção em algumas poucas notas (fato também elencado na autuação) fizeram com que fosse presumida a não retenção, quando, em verdade, a retenção foi feita, tendo havido mero erro de preenchimento da Nota Fiscal de Devolução que não reportou o fato.

Registra a recorrente que a emissão da nota de devolução compete às concessionárias, de modo que a Recorrente não pode ser responsabilizada e penalizada por fato que não deu causa.

Subsidiariamente, suscita para nulidade da infração por entender que há erro na tipificação do auto de infração, visto que os erros no preenchimento devem ser considerados descumprimento de obrigações acessórias, mas não falta de atendimento de obrigações principais.

Contesta a recorrente para o cerceamento do direito de defesa por entender restar prejudicado o contraditório, visto que a tipificação dada à infração retrata falta de obrigação principal quando o caso se refere no máximo a descumprimento de obrigação acessória (emissão das notas de devolução).

Quanto às notas de devolução canceladas, ressalta a recorrente que referidas notas de devoluções foram emitidas por terceiros, o que a isenta da responsabilidade por falhas de preenchimento, assim como pelo controle dos cancelamentos não comunicados ou informados a destempo. Entende que a informação unilateral de cancelamento de notas de devolução, sem comunicado prévio da emitente (concessionária) demonstra a total boa-fé dos registros realizados pela Recorrente, o que reflete tanto na análise das obrigações principal e acessória, quanto no afastamento da penalidade.

Por último reclama quanto à multa confiscatória, alegando constitucionalidade.

VOTO

Passo, inicialmente, em face da decisão proferida pelo Juízo de base, à análise do Recurso de Ofício.

O presente recurso limita-se a combater a decisão de piso, notadamente no tocante à infração 1, que julgou improcedente a correlata autuação, reduzindo o Auto de Infração para R\$431.195,20.

O lançamento sob apreciação diz respeito à cobrança de ICMS – ST retido e não recolhido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O fiscal autuante acabou por confrontar os valores do imposto retido destacados nas Notas Fiscais arroladas neste item da autuação e os valores efetivamente recolhidos.

Ocorre que, ao realizar o confronto acima mencionado o fiscal autuante incorreu em erro. Isto porque, nos meses de fevereiro, maio, novembro e dezembro de 2011 (demonstrativo à fl. 09), houve, em verdade, recolhimento à maior da recorrida e que, por equívoco na inserção da fórmula da diferença do imposto nas células da planilha, o resultado produzido foi saldo a recolher, quando o correto seria apontar para o recolhimento a maior realizado.

O próprio fiscal autuante reconheceu o lapso cometido, conforme assim expôs em sua Informação Fiscal (fls. 497 a 525).

Diante do acima exposto, conclui-se que a cobrança do tributo (ICMS-ST) foi indevidamente exigida, tendo a decisão de piso agido corretamente ao julgar referida infração improcedente.

Não há, portanto, reparos na decisão recorrida. Recurso de Ofício não provido.

Passo então à análise do Recurso Voluntário.

A recorrente se insurge especificamente quanto a infração 2, contestando ainda a falta de

homologação do valor reconhecido e recolhido da infração 3.

De logo, sinalizo que os valores recolhidos estão discriminados no Demonstrativo “Detalhes de Pagamento PAF”, fls. 546 e 547 e que a decisão de piso não se omitiu quanto a estes valores, tendo sinalizado para a necessária homologação dos valores antecipados no curso do Processo Fiscal.

Ocorre que, apesar de recolhido no curso do processo, não significa dizer que será expurgado do Auto de Infração e sim, homologado o seu recolhimento quando da finalização do presente processo administrativo fiscal.

Apesar de a recorrente se insurgir primeiramente às razões de mérito da infração 2, inverto a análise do presente Recurso Voluntário, passando a análise das razões preliminares de nulidade arguidas no apelo.

Suscita então a recorrente a nulidade da infração, por entender que há erro na tipificação do auto de infração.

Vejamos como foi tipificada referida infração: “Deixou 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 realizadas sob amparo dos Convênios ICMS 132/92 e 51/00, imposto este declarado nas GIAs-ST, transmitidas eletronicamente para a SEFAZ/BA, nos meses de janeiro, abril, julho, outubro a dezembro de 2010, março a maio, julho a dezembro de 2011, abril, maio, julho e dezembro de 2012, em virtude de dedução no montante retido a recolher nos meses indicados no Anexo II, parte integrante deste PAF, por conta de devoluções, sem, contudo, apresentar comprovação das efetivas saídas e retornos das mercadorias, ou cujas mercadorias foram entregues em outras Unidades da Federação, no caso de faturamento direto a consumidor final, ou nos casos em que não houve retenção do imposto quando da emissão dos documentos fiscais, sendo exigido ICMS no valor de R\$386.507,44, acrescido da multa de 150%”

E sinaliza a recorrente para o cerceamento do direito de defesa, por entender prejudicado o contraditório, haja vista que a tipificação dada a infração retrata falta de obrigação principal, quando o caso se refere no máximo a descumprimento de obrigação acessória por falta de “validação” das notas de devoluções apresentadas.

Observo que as infrações 1 e 2 tratam da falta do recolhimento do ICMS- ST retido e não recolhido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes. O fato de terem sido segregadas reflete a preocupação do fiscal autuante em tornar o mais transparente possível os fatos geradores, de forma a possibilitar o contraditório.

A infração 2, diferente da infração 1 que foi julgada improcedente, traz exigência do ICMS-ST em referência à obrigação principal, na medida em que as reduções lançadas a título de devoluções de vendas realizadas não foram comprovadas.

Não há, pois, como prosperar as alegações preliminares da recorrente, visto que a tipificação coaduna com a infração imputada à recorrente, sendo impertinente afirmar que não houve descumprimento de obrigação principal e sim de obrigação acessória.

É forçoso observar a devida exigência do imposto por substituição tributária, atribuído ao fabricante quando da venda ao consumidor final.

Observo, inclusive, que a recorrente foi devidamente intimada a apresentar toda documentação comprobatória do “suposto” desfazimento do negócio, não tendo, contudo, êxito nas referidas comprovações.

Afasto, portanto, as preliminares suscitadas.

Da análise das razões de mérito recursais, embora reconheça a possível veracidade dos fatos alegados quanto aos possíveis desfazimentos das operações originais, não trouxe a recorrente nenhum fato novo em fase recursal que já não tenha sido objeto de análise pelo fiscal autuante.

Alega apenas que a devolução se presta a demonstrar o desfazimento do negócio, sendo transferido ao emitente da nota fiscal a obrigação acessória de copiar na nota de devolução os dados da nota originária e que o mero erro nesta formalidade a exemplo da NF 99.783 - 12/2012 não

tem o condão de modificar a real operação.

Ocorre que, não há como acatar o “suposto” desfazimento do negócio original (fato gerador do imposto) se não traz a recorrente prova inconteste de que a operação foi, em verdade, cancelada.

Se observado o disposto nas cláusulas 3º, 4º e 8º do Convênio ICMS 81/93, cláusula 2º do Convênio ICMS 132/92 e arts. 368 e 299 do RICMS/BA 97 e 2012, respectivamente, é possível constatar que tanto a recorrente quanto o seu cliente (concessionária) deixaram de cumprir os requisitos ali dispostos quanto a hipótese de devolução ou cancelamento de operações envolvendo ICMS RETIDO.

Ademais, quanto a alegada “ficção jurídica”, visto tratar-se de imposto exigido antes da efetiva circulação da mercadoria, saliento que há previsão legal no nosso ordenamento tributário, não sendo competência desta câmara a análise da referida inconstitucionalidade.

Concluo que restou provado, portanto, conforme ressaltou a Decisão de origem, que a recorrente não observou todos os preceitos legais previstos na legislação necessários e indispensáveis para efetivar o cancelamento das aludidas notas fiscais e que os erros sinalizados pelo fiscal autuante não foram elididos com provas que efetivamente demonstrassem o casamento das operações (venda e devolução).

A ausência de provas garante a subsistência da autuação relativa à referida infração, razão pela qual concluo pela manutenção da Decisão proferida pelo Juízo de base, no particular.

Quanto às multas aplicadas, mais uma vez foge da competência desse Colegiado a apreciação da alegada exorbitância do valor imputado, assim como a possibilidade de avaliar a suposta inconstitucionalidade suscitada.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter inalterada a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 275290.0401/14-0, lavrado contra **RENAULT DO BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$431.195,20**, acrescido das multas de 150% sobre R\$386.507,44 e 60% sobre R\$44.687,76, previstas no art. 42, incisos V, “a” e II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS