

A. I. N° - 282219.0003/18-1
AUTUADO - MODINE DO BRASIL SISTEMAS TÉRMICOS LTDA.
AUTUANTE - RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/04/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0068-03/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE MERCADORIAS A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. O sujeito passivo logra êxito em comprovar nos autos a inclusão no levantamento fiscal de notas fiscais de devolução de mercadorias. Fato reconhecido pelo próprio Autuante em sede de informação fiscal. Infração insubsistente. **b)** RETENÇÃO A MENOS. **c)** FALTA DE RETENÇÃO. Infrações 02 e 03 reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 14/03/2018, exige o crédito tributário no valor de R\$47.164,02, através das seguintes imputações:

Infração 01 - 08.31.01. 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 meses de abril, agosto e novembro de 2013, janeiro a março e julho 2014 e fevereiro, abril a junho e agosto de 2015. Exigido o valor de R\$26.885,61, acrescido da multa de 150%;

Consta como complemento: “NFs de devolução não incluídas na totalização do ICMS-ST retido no mês e foram novamente subtraídas após a totalização gerando duplicidade na devolução”.

Infração 02 - 08.31.02. 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, nos meses de julho, outubro a dezembro de 2013, março e abril de 2015 e março e abril de 2016. Exigido o valor R\$13.029,22, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 08.31.03. Falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, nos meses de novembro e dezembro de 2014, julho, setembro, outubro e dezembro de 2015 e novembro e dezembro de 2016. Exigido o valor de R\$7.249,19, acrescido da multa de 60%;

O Autuado, através de representante, apresenta peça defensiva, fls. 38 a 50, reproduzindo inicialmente, o teor da autuação e articulando os argumentos que se seguem.

Diz ser pessoa jurídica com atividade industrial, e comércio atacadista de radiadores, trocadores de calor e implementos de refrigeração e demais peças para autos e comércio e importação de produtos metalúrgicos ferrosos e não ferrosos.

Menciona que no desenvolver de sua atividade atacadista e durante o período fiscalizado, vendeu produtos para clientes situados no Estado da Bahia, seguindo todos os trâmites legais, emitindo nota fiscal de saída dos produtos e recolhendo o ICMS-ST tempestivamente. Registra que alguns

dos produtos remetidos para o Estado da Bahia voltaram ao estabelecimento, sem terem ao menos sido entregues aos destinatários e outras mercadorias foram entregues, mas devolvidos por clientes optantes pelo simples nacional.

Revela que em ambas as situações, também nos termos da legislação vigente, emitiu notas fiscais para documentar a entrada das mercadorias em seu estabelecimento, sendo que as notas fiscais de entrada emitidas foram as seguintes:

- Mercadorias não entregues aos destinatários: Notas Fiscais de Entrada (devolução) de nºs: 268.151, 257.853, 259.421, 259.423, 262.976, 265.493, 269.519, 326.731, 330.852, 330.853 e 340.812;
- Mercadorias devolvidas por clientes optantes pelo Simples Nacional: Notas Fiscais de Entrada (devolução) de nºs: 216.265, 238.706, 251.509, 268.160, 289.832, 319.604, 333.012 e 341.024.

Acrescenta assinalando que além da emissão dos documentos fiscais para documentar a entrada dos produtos, se creditou do ICMS-ST que havia sido tempestivamente recolhido quando da venda dos produtos, destacando em campo próprio da GIA-ST o creditamento. No entanto, ressalta que foi surpreendido pelo Auto de Infração, ora em lide, que versa sobre três imputações. Declara que em relação às Infrações 02 e 03, verificou que, por um lapso, deixou de recolher o imposto tempestivamente, motivo pelo qual reconhece os itens e anexa o comprovante de recolhimento dos valores exigidos (doc. 03).

De início, reproduz a descrição da Infração 01, junta demonstrativo da autuação e, diz que de acordo com a documentação preparada pela Autoridade Fiscal, especificamente o relatório em que se enumeram todas as notas fiscais que teriam dado origem à autuação, os valores lançados, ora impugnado, teriam sido apurados com base nos documentos fiscais (trechos pinçados do mencionado relatório). Afirma que acosta tabela de todas as notas fiscais referentes a essa Infração, fl. 41.

Explica que ao analisar detalhadamente os citados documentos fiscais, percebeu que todos eles, sem exceção, foram emitidos para documentar entrada de produtos não recebidos pelos adquirentes ou recebidos, mas devolvidos por contribuintes optantes pelo simples nacional. Afirma que, para demonstrar o quanto alegado, comparou na planilha que apensada à presente impugnação (“Apêndice I”): o lançamento fiscal x as notas fiscais emitidas para dar entrada dos produtos no estabelecimento autuado (notas de devolução) x as notas fiscais originais emitidas por ocasião da venda das mercadorias (anexa à presente impugnação seguem todas as notas fiscais “de entrada de devolução e as notas fiscais originais - doc. 04). Observa que da referida planilha colhe-se que:

- Os números das notas fiscais emitidas para dar entrada nos produtos devolvidos ou não entregues correspondem exatamente aos números dos documentos fiscais que deram origem à “Infração 01”, relacionados pela autoridade fiscal em seu relatório e constantes da planilha acima;
- O valor do ICMS-ST destacado nos documentos fiscais emitidos para dar entrada nos produtos devolvidos corresponde com precisão ao valor do ICMS-ST exigido no Auto de Infração;
- O valor dos produtos devolvidos reflete exatamente o valor dos produtos destacados nas notas fiscais de venda;
- O valor do ICMS destacado na nota fiscal de “entrada de devolução” dos produtos corresponde exatamente ao valor do ICMS destacado na nota fiscal de venda.

Assevera que, do quanto apurado pela análise dos dados esmiuçados na referida planilha, conclui-se que a autoridade fiscal apurou ICMS-ST sobre notas fiscais emitidas para documentar a entrada de produtos não recebidos pelos adquirentes ou devolvidos por contribuintes optantes pelo simples nacional. Salienta que a autoridade fiscal transmutou nota fiscal de “entrada de devolução” em nota fiscal de “saída de produtos” e, sobre elas, apurou os valores lançados no Auto de Infração combatido, motivo pelo qual a “Infração 01” carece de ser cancelada em sua

integralidade.

Quanto às notas fiscais de entrada e da inexistência de débito de ICMS-ST, sustenta que todas as notas fiscais que deram origem aos valores em cobrança foram emitidas única e exclusivamente para documentar a entrada no estabelecimento, de mercadorias devolvidas ou não entregues, no qual pode ser facilmente comprovado pelas seguintes informações colhidas dos próprios documentos fiscais:

- A natureza da operação: “devolução de venda”;
- Exata correspondência entre os valores dos produtos devolvidos e do ICMS destacados nas notas fiscais de “devolução” e nas notas fiscais de venda.
- *O CFOP: 2410 - devolução de venda de produção do estabelecimento, quando o produto estiver sujeito ao regime de substituição tributária ou 2411 - devolução de mercadoria de produção do estabelecimento, quando o produto estiver sujeito: ao regime de substituição tributária;*
- A referência à nota fiscal de origem (venda) no campo informações complementares da nota fiscal de “entrada de devolução”;
- Os motivos pelos quais as mercadorias não foram entregues aos destinatários devidamente relatados no verso da nota fiscal de venda (no caso de mercadorias não entregues);
- Em se tratando de devolução efetuada por optantes pelo Simples Nacional, pela nota fiscal de devolução emitida pelo próprio cliente (anexa à nota fiscal de entrada).

Sustenta não se tratar de notas fiscais de venda, assim, não havia (e não há) ICMS-ST a ser recolhido no momento da emissão das notas fiscais “de entrada de devolução”. Reitera que se não há venda - mas devolução - não há retenção de ICMS. Aborda que o destaque do ICMS-ST na nota fiscal de “entrada de devolução” é mera formalidade que a Autoridade Fiscal, acredita-se que por equívoco, acabou por transmutar em imposto devido. Reafirma que não há imposto a ser recolhido, que adimpliu a obrigação principal quando da venda das mercadorias, devidamente documentada pelas notas fiscais pertinentes (de venda).

Esclarece que, o imposto foi devidamente recolhido quando da venda do produto. Assevera que como prova, acosta à presente impugnação arquivo digital de todas as apurações efetuadas à época da venda das mercadorias posteriormente retomadas ou devolvidas. Diz que esses documentos demonstram claramente que o recolhimento do imposto devido tempestivamente (no momento da venda das mercadorias). Frisa que no período autuado, o Autuante não identificou - e nem poderia - recolhimento do ICMS-ST porque se embasou em notas fiscais de entrada de mercadorias devolvidas ou retornadas e, logicamente, devolução e retorno de mercadorias não entregues não estão sujeitas à incidência do ICMS-ST.

Alega que teria agido de maneira equivocada ao emitir as notas fiscais para documentar a entrada dos produtos em seu estabelecimento ou ao se creditar do ICMS-ST, como quis fazer crer a autoridade fiscal, no qual sustenta que todos os procedimentos adotados refletem o quanto determinado pela legislação vigente.

Destaca que no caso dos produtos não entregues aos destinatários, a legislação do Estado de São Paulo determina que o estabelecimento que receber, em retorno, mercadorias que por qualquer motivo não tenha sido entregue ao destinatário deve emitir nota fiscal que documente a entrada do produto devendo mencionar, na ocasião, os dados da nota fiscal original. Nesse sentido, reproduz os artigos 136 e 453 do RICMS/SP. Prossegue esclarecendo que para o caso de devolução de produtos por optantes pelo Simples Nacional, o contribuinte que receber as mercadorias devolvidas deve emitir nota fiscal relativa à entrada do produto em seu estabelecimento, referindo-se, nesse documento, aos dados da nota fiscal de origem, conforme dispõe o art. 454, do RICMS/SP, também reproduzido.

Reafirma que improcedem quaisquer alegações de que teria escriturado erroneamente as notas fiscais de “entrada de devolução”, como quis fazer crer a Autoridade Fiscal ao fazer a seguinte afirmação: “Nfs de devolução não incluídas na totalização do ICMS-ST retido no mês e foram novamente subtraídas após a totalização gerando duplicidade na devolução”.

Destaca que não deveria ser incluído as notas fiscais de devolução na apuração do ICMS-ST a ser recolhido no mês de sua emissão. Esclarece, mais uma vez, que é devolução e/ou retorno de mercadorias não entregues não gera débito de ICMS-ST, pois a nota fiscal de devolução se presta simplesmente, como o próprio nome sugere, a documentar o retomo da mercadoria ao estabelecimento de origem. Observa que o imposto, por sua vez, e se devido, é recolhido no momento da venda, posteriormente “desfeita” pela devolução. Assevera que desse modo, recolheu o imposto devido por substituição tributária no momento da venda, quando da devolução/retorno lhe cabia se apropriar do crédito do ICMS próprio e do ICMS-ST, conforme lhe permite a legislação vigente.

Defende que em relação ao crédito do ICMS-ST, objeto da autuação combatida, a autorização para que se apropriasse está expressamente prevista no Ajuste SINIEF 04/93, o qual, nos termos do art. 258, do RICMS-BA/12, deve ser seguido pelos contribuintes quando do preenchimento da GIA-ST. Acrescenta assinalando que no tocante ao referido Ajuste SINIEF, especificamente sua Cláusula décima - citada no art. 258 acima - versa sobre a apropriação de créditos de ICMS-ST apurados em função da devolução de mercadorias sujeitas à substituição tributária. Diz que de acordo com referida norma, eventuais créditos auferidos devem ser informados no Anexo I, da GIA-ST.

Acosta e reproduz telas de demonstração, fl. 47, informando os créditos de ICMS-ST no Anexo I das GIA-ST foi exatamente o que efetuou. Assevera ser esse fato devidamente comprovado pelas GIAS do período, que diz anexar aos autos (doc. 05). Sustenta que tem o direito de aproveitar o crédito de ICMS-ST apurado em razão da devolução ou retomo de mercadoria não entregue ao destinatário, destacando o teor das Cláusulas quarta e quinta do aludido Ajuste SINIEF. Diz que de acordo com citadas normas, o sujeito passivo por substituição deve lançar no livro Registro de Entradas os documentos fiscais relativos à devolução e totalizá-los no último dia de apuração do imposto.

Sustenta não restar dúvida de que procedera de acordo com as disposições legislativas vigentes, não havendo máculas em sua conduta que possa justificar o lançamento efetuado, sendo totalmente improcedente a Infração ora combatida, que deve ser cancelada em sua integralidade.

Impugna a multa aplicada de 150%, a qual alega ter sido indevidamente apurada. Prossegue esclarecendo que comprovou não haver retenção de ICMS-ST seguida de falta de recolhimento. Reafirma que a Autoridade Fiscal apurou imposto sobre notas fiscais de entrada, emitidas exclusivamente para documentar a entrada de mercadorias não entregues ou devolvidas.

Argui que o lançamento principal é indevido, devendo a multa lançada ser cancelada integralmente. Esclarece que a inexistência de valores a serem recolhidos, é suficiente para rechaçar a multa majorada lançada, nos termos do entendimento da jurisprudência dos Tribunais Pátrios, conforme fazem exemplo os acórdãos do STJ (STJ. RESp 29419 / MG. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Segunda Turma. DJ 18/09/1995), cujo teor transcreve.

Requer que a Infração 01 do Auto de Infração seja declarada nula em sua integralidade, conforme assevera ter comprovado que o lançamento combatido é totalmente improcedente. Protesta pela produção de provas por todos os meios em Direito admitidos, notadamente pela posterior juntada da via original da procuração outorgada aos signatários e de outros documentos que reforcem os argumentos fáticos e jurídicos aqui lançados.

Na informação fiscal, fls. 284 e 285, o Autuante, inicialmente, reproduz as infrações e resume a peça defensiva, assinalando a impugnação da Infração 01, no que diz respeito às notas fiscais de entradas relativas à devolução de mercadorias, destacando, também verifica o reconhecimento

das Infrações 02 e 03.

Quanto à Infração 01, esclarece que, por algum equívoco do sistema de fiscalização, que deveria ter levado em conta apenas as Notas Fiscais de saídas de mercadorias, foram também incluídas as Notas Fiscais de Entrada referente às Devolução de Mercadorias, gerando-se equívoco na totalização do ICMS-ST devido no mês. Assim, afirma reconhecer como procedente alegação do Autuado em sua totalidade.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 289 e 290, registra que o Autuante admitiu que por equívoco do sistema fazendário, o ICMS-ST foi calculado equivocadamente, reconhecendo ao final, sua alegação. Observa também o reconhecimento das Infrações 02 e 03, para as quais pede a homologação do pagamento.

Em manifestação do Autuante, fls. 293 e 294, reitera seus argumentos quanto à Infração 01, e diz que em relação às Infrações 02 e 03, verificou o pagamento através da GNRE, conforme fls. 128 e 129.

Conclui pugnando pela Procedência Parcial do lançamento.

Às fls. 299 e 300v, constam extratos do SIGAT discriminando os pagamentos e das Infrações 02 e 03, reconhecidas pelo sujeito passivo.

VOTO

Inicialmente, depois de examinar as peças que constituem o presente Auto de Infração, cabe consignar que o PAF está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF-BA/99, não tendo sido constatada a violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e a legislação pertinente à irregularidade apurada. O lançamento de ofício foi constituído em consonância com os elementos indicados e na forma preconizada na legislação de regência, ou seja, no art. 142 do CTN, e no art. 39 do RPAF-BA/99.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de três infrações à legislação baiana do ICMS.

No que diz respeito às Infrações 02 e 03, o sujeito passivo revelou que por um lapso deixou de recolher tempestivamente o imposto apurado nesses dois itens da autuação, motivo pelo qual informa ter procedido ao recolhimento dos valores exigidos no Auto de Infração conforme cópia do DAE, acostado às fls. 128 e 129. Assim, ante o reconhecimento, pelo Impugnante, do cometimento dessas duas infrações, e a comprovação do recolhimento de débito correspondente exigido, ficam mantidas as Infrações 02 e 03.

A Infração 01 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, conforme demonstrativo acostado às fls. 06 a 17.

Em suas razões de defesa, o Impugnante sustentou a improcedência desse item da autuação, sustentando que emitiu nota fiscal de saídas dos produtos e recolheu o ICMS-ST tempestivamente, entretanto, frisou que alguns dos produtos remetidos para o Estado da Bahia, voltaram ao seu estabelecimento sem terem ao menos sido entregues ao destinatário, e outros foram entregues, mas foram devolvidos por clientes optantes do Simples Nacional.

Asseverou ser indevida a exigência, tendo em vista que emitiu, nos termos da legislação vigente, notas fiscais para documentar a entrada das mercadorias em seu estabelecimento, carreando aos autos cópias de todas as notas fiscais correspondentes, fls. 130 a 224.

O Autuante, ao prestar informação fiscal e depois de examinar os argumentos e a documentação

fiscal acostada aos autos pelo defendente, reconheceu como procedente as alegações do Impugnante, explicando que, por algum equívoco do sistema de fiscalização, que deveria levar em conta apenas as notas fiscais de saídas de mercadoria, foram incluídas no levantamento fiscal as Notas Fiscais de Entrada referentes às Devoluções de Mercadorias, gerando um equívoco na totalização do ICMS-ST devido em cada período de apuração.

Ao compulsar as peças e elementos atinentes a esse item da autuação, verifico que assiste razão ao Autuado, uma vez que, como reconheceu o próprio Autuante, ocorreu falha no sistema de fiscalização da SEFAZ, que resultou na inclusão indevida na apuração da exigência, objeto da autuação, de notas fiscais de devolução de mercadorias. Assim, deixou de existir lide em torno da Infração 01.

Assim, resta insubsistente o item 01 da autuação.

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência parcial da autuação.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **282219.0003/18-1**, lavrado contra **MODINE DO BRASIL SISTEMAS TÉRMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.278,41**, acrescido da multa 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os pagamentos efetuados pelo autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA