

PROCESSO - A. I. N.^o 274068.1104/99-0
RECORRENTE - ALIMENTA ALIMENTAÇÃO INDUSTRIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão da 1^a JJF n.^o 2053-01/01.
ORIGEM - INFAC CAMAÇARI
INTERNET - 18.04.02

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N.^o 0115-12/02

EMENTA: ICMS. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. FORNECEDOR DE REFEIÇÕES. A Decisão Recorrida manteve a cobrança de parte da exigência diante do fato de que a legislação anterior não se referia à exclusão de devoluções de mercadorias da receita bruta. Contudo, essa exclusão, mesmo em época anterior à legislação de 1997 é lícita, pois decorre da própria noção de “Receita Bruta”, não gerando prejuízo ao Fisco. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário da decisão da 1^a Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.^o 274068.1104/99-0, relativo a recolhimento de ICMS a menor através do regime de apuração em função da receita bruta (fornecedor de refeições).

O julgador da Primeira Instância disse que diligência realizada constatou que os valores objetos da autuação decorreram de devoluções de mercadorias, estando o deslinde da controvérsia localizado na resposta a seguinte pergunta: as devoluções devem ou não integrar o cálculo do imposto devido pelo contribuinte optante do regime de apuração do tributo pela receita bruta. Com base no princípio de aplicação da lei do tempo em que ocorreu o fato gerador, excluiu da cobrança do débito os meses de julho e agosto de 1997 (respectivamente, R\$46,80 e R\$58,10), uma vez que a legislação da época não previa na tributação pela receita bruta as saídas sem tributação, sendo procedente a cobrança dos demais valores, anteriores, pois o regulamento vigente a partir de abril de 1997 não retroage.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário alegando que as devoluções das mercadorias não configuram receita bruta porque são negócios que não existiram no mundo jurídico devido a sua anulação, sendo expurgados *ex tunc*. Amparou-se no art. 504, V, “a” do RICMS/97 que excluiu da cobrança do imposto pela receita bruta as devoluções de mercadorias. Afirmou, ainda, que mesmo nas hipóteses de apuração normal do imposto se mantêm a referida exclusão, conforme art. 316 do RICMS/89. Daí, concluiu que, mesmo sendo omissa a legislação anterior a 1997, não pode o fisco pretender a cobrança de imposto sobre mercadorias devolvidas. Citou doutrina a respeito. Disse que toda a legislação federal aponta para excluir da receita bruta as devoluções de mercadorias, acrescentando que ao contribuinte cabe atuar dentro daquilo que não é proibido e, havendo omissão na legislação anterior à 1997 sobre a exclusão das devoluções das mercadorias na receita bruta, foi lícito o seu procedimento. Pediu o provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Provimento do Recurso apresentado, entendendo que a legislação de 1997 apenas explicitou aquilo que era óbvio, quando aponta para a exclusão das devoluções de mercadorias das receitas brutas, sendo aplicável este entendimento à época anterior a sua edição. Conclui que a receita bruta não pode conter valores referentes a saídas estornadas.

VOTO

Trata-se de cobrança de imposto diante da exclusão da base de cálculo (receita bruta) das devoluções de mercadorias. A Decisão Recorrida manteve a Procedência do Auto de Infração para as operações anteriores a 1997, por entender que somente com a legislação daquele ano é que foi prevista a referida exclusão, sendo omissa a anterior.

Todavia, concordo com o entendimento da Douta PROFAZ no sentido de se considerar lícito o procedimento de exclusão das mercadorias devolvidas da receita bruta mesmo antes da legislação de 1997.

Verifico que a liberdade é o âmbito de atuação do particular e a vinculação estrita é o âmbito de atuação da administração, assim, ao particular é assegurada uma continuidade de licitude e uma descontinuidade de ilicitude prevista legalmente, podendo-se afirmar que se um sistema legal é omissivo quanto a determinada conduta, ela pode ser praticada.

Assim, como a legislação anterior a 1997 foi omissa quanto à exclusão das devoluções de mercadorias da receita bruta para efeito de aplicação do ICMS, a razoabilidade recomenda a referida exclusão, uma vez que devolução de mercadorias, por ser desfazimento de negócio jurídico, não gera receita e tal procedimento não gera prejuízo ao Fisco.

Ademais, a previsão na legislação de 1997 apenas explicitou aquilo que já era imanente à sistemática de apuração do ICMS, que prevê o creditamento das mercadorias devolvidas.

Voto, pois, pelo PROVIMENTO do Recurso apresentado.

RESOLUÇÃO:

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **IMPROCEDENTE** Auto de Infração nº 274068.1104/99-0, lavrado contra **ALIMENTA ALIMENTAÇÃO INDUSTRIAL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ