

PROCESSO	- A.I. Nº 129712.0003/98-9
RECORRENTE	- GRAFFITE COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF nº 0491/99
ORIGEM	- INFRAZ IGUATEMI
INTERNET	- 28.05.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0170-12/02

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Desencontro entre o imposto recolhido e o lançado. Infração confessada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO POR CANCELAMENTO IRREGULAR DE NOTAS FISCAIS DE VENDA. Não pode ser cancelado o documento fiscal que tiver dado trânsito à mercadoria. 3. RETORNO DE MERCADORIAS NÃO COMPROVADO. a) MERCADORIAS REMETIDAS PARA DEMONSTRAÇÃO. Infração parcialmente caracterizada. b) MERCADORIAS RECEBIDAS A TÍTULO DE DEMONSTRAÇÃO. Caracterizada a ilegitimidade passiva. item nulo. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração de nº 129712.0003/98-9, lavrado em 30/06/98, que exige ICMS no valor de R\$74.384,93, decorrente das seguintes infrações:

1. recolhimento a menos do imposto decorrente de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no RAICMS;
2. omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência do cancelamento irregular de notas fiscais de vendas - ICMS de R\$1.048,73;
3. não comprovação do retorno de mercadorias saídas a título de demonstração – ICMS de R\$1.194,94;
4. omissão de saídas tributadas apuradas através de notas fiscais recebidas da GRAFFITE Internacional de Eletrônica Ltda., a título de demonstração, cujo retorno não foi devidamente comprovado – ICMS de R\$68.661,32

A Decisão Recorrida julgou procedente a infração do item 1, pelo próprio reconhecimento do autuado. Quanto ao item 2, entendeu que os argumentos defensivos não procediam, pois deveria ser observado o disposto no art. 210 do RICMS/97, devendo se indicar o motivo do cancelamento no documento e constar nos canhotos as datas dos recebimentos e assinatura do adquirente. Sobre o item 3, apurou que o valor exigido é de R\$714,63, excluindo-se a Nota Fiscal nº 3476 porque as mercadorias nela constantes foram retornadas mediante Nota Fiscal de nº 0430, mas incluindo-se a Nota de nº 5081, pois a Nota Fiscal de retorno nº 0009 foi emitida a quase dois

meses antes da remessa. e relativo à infração 4, considerou-a procedente acatando os argumentos proferidos pelo autuante na Informação Fiscal.

O contribuinte apresentou Recurso Voluntário afirmando que as razões esboçadas pelo autuante na Informação fiscal não justificam a autuação. Quanto ao item 2, apontou que não está regulamentado que a assinatura do cliente desistente da operação na nota fiscal seja causa determinante de figuração de cancelamento irregular, concluindo que o entendimento esboçado está fundamentado em mera presunção. Citou os arts. 210 e 211 do RICMS/97, para lastrar suas afirmações. Acostou ao PAF cinco vias de cada uma das notas envolvidas na acusação para satisfazer os preceitos legais e diz que está patente a ausência de motivação para o cancelamento. Acredita justa a punição apenas por descumprimento de obrigação acessória.

Com relação ao item 4, disse que o autuante parte de uma presunção de que as mercadorias não retornaram a congênero em Ilhéus, porque, para isso, seria necessário a elaboração de um levantamento quantitativo junto a emitente em Ilhéus. Citou a legislação específica que disciplina a matéria, os arts 559 a 604 do RICMS/97. Apontou que consta cumpridas as regras previstas para as operações de Demonstraçao e Retorno. Acrescentou, ainda, que houve um paradoxo entre a acusação fiscal e a peça que fundamenta a base de cálculo da suposta infração, isso porque a acusação é de omissão de saídas tributadas através de notas fiscais recebidas de Ilhéus a título de demonstração, enquanto que a base de cálculo se fundamenta numa “relação de notas fiscais decorrentes do retorno das mercadorias recebidas a título de demonstração”, conforme cópia da relação produzida pela autuante em fl. 134. Aduz que se existem notas fiscais relativas ao retorno das mercadorias, cabia ao Fisco examinar na escrita da empresa em Ilhéus, se houve ou não a escrituração.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE.

O autuante manifesta-se afirmando que o contribuinte não apresentou nenhum fato novo ou relevante que possa modificar a autuação.

A PROFAZ, em Parecer, opina para que o PAF seja convertido em diligência à ASTEC ou pelo próprio fiscal para esclarecimentos, haja vista que o autuado juntou vários documentos fiscais, além de declarações prestadas pelos destinatários das mercadorias objeto da autuação dos itens 2 e 4.

A ASTEC, em seu Parecer, sobre a infração 2, afirmou que no caso não seria hipótese para cancelamento, as notas fiscais demonstram que houve circulação das mercadorias, pois ao assinar o comprovante de entrega, os adquirentes comprovaram o recebimento. Sobre o item 4, disse que não se justifica o argumento defensivo de que as mercadorias estavam sob seu domínio a título de demonstração, não é razoável a remessa, de uma só vez, a título de demonstração de 196 equipamentos do mesmo modelo, devendo estar contido nas notas fiscais de transferência o destaque do imposto. Concluiu que os documentos acostados para elidir os itens 2 e 4 não se prestam para tal.

O recorrente, manifestando-se sobre a diligência, alegou que sobre o item 2 não se comprovou em nenhum momento a existência da efetivação de algumas das vendas e, além disso, não se pode detectar este fato a partir dos seus livros fiscais. Sobre o item 04, formula pergunta no sentido de se verificar se, de acordo com a legislação, após superados os 180 dias sem a devolução das mercadorias emprestadas para a demonstração, cabe ao recorrente recolher o

imposto sobre as mesmas e seria correto exigir o imposto tanto de quem emprestou como de quem recebeu emprestado. Disse que ocorreu o seguinte sobre o item 04, os equipamentos eram vendidos e o estabelecimento de Ilhéus emitia nota fiscal para consumidor, e, o estabelecimento de Salvador, no qual se encontrava o equipamento deixava de emitir nota de devolução simbólica ao estabelecimento de Ilhéus, descumprindo, assim, uma obrigação de caráter formal.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Improvimento do Recurso, apontando que o diligente esclareceu que as notas fiscais de devolução não se referem às operações objeto desse Auto de Infração e em relação ao item 4, restou comprovado que as mercadorias não foram devolvidas no prazo legal, devendo ser tributadas as saídas respectivas, pois passaram a pertencer ao recorrente, contribuinte do imposto.

Na assentada do julgamento, o PAF foi novamente convertido em diligência à ASTEC, pelo relator. Como resposta, restou verificado que, sobre o item 2, todas as notas fiscais que foram objeto de autuação por cancelamentos irregulares tinham as assinaturas nos comprovantes de entrega das mercadorias e que nos livros fiscais do recorrente não existe registro que evidencie a realização de operações de saídas; informou também que nem a exigência do imposto pode surgir de um indício de irregularidade ou por ter as notas fiscais sido canceladas irregularmente; sobre o item 4, apontou que o recorrente não comprovou que as operações de retorno foram reais ou fictícias, se fossem reais, não comprovou a movimentação física das mercadorias, se fossem fictícias, não apresentou documentação fiscal do estabelecimento em Ilhéus, relativamente às operações de vendas das mercadorias destinadas aos adquirentes situados em Salvador, e sobre o item 3, disse que as notas fiscais juntadas já foram consideradas pela Decisão Recorrida, somente cometendo um erro de cálculo na redução do imposto exigido, que em verdade é de R\$734,52.

A PROFAZ em novo Parecer de fl. 576, opina pelo Improvimento do Recurso ao entender que o resultado da diligencia corrobora o entendimento anterior da Procuradoria.

VOTO

Inicialmente, ratifico a Decisão Recorrida no que se refere ao item 01, pois a própria empresa autuada reconheceu como existente tal infração.

Quanto ao item 2, para a satisfação do disposto no art. 210 do RICMS/97, a empresa juntou as cinco vias de cada uma das Notas Fiscais envolvidas na autuação, com as respectivas declarações dos destinatários, confirmando a devolução das mercadorias, tendo em vista discordância da forma de pagamento ou defeitos aparentes.

Por outro lado todas essas notas trazem as assinaturas dos destinatários declarando o recebimento das mercadorias objeto daquela operação, o que obviamente atesta as saídas respectivas.

Ora, o art. 211 do supra citado Regulamento dispõe que: “Não poderá ser cancelado o documento fiscal que tiver sido escriturado no livro fiscal próprio, ou que tiver dado trânsito à mercadoria.” a declaração de recebimento atesta a transferência da posse ou da propriedade e, consequentemente, o trânsito do objeto da operação. O desfazimento do negócio tem rito próprio, previsto na legislação através de emissão de notas fiscais de devolução. Assim entendo que sobre essa infração 2, está correto o entendimento da Decisão Recorrida.

Com relação ao item 3, embora a revisão da ASTEC tenha observado um erro de cálculo na redução do imposto exigido, não é objeto do presente Recurso, portanto mantida a exigência.

Por fim, sobre o item 4 – omissão de saídas tributadas apuradas através de notas fiscais recebidas da GRAFFITE Internacional de Eletrônica Ltda., a título de demonstração, cujos retornos não foram devidamente comprovados – entendo que configura-se a ilegitimidade passiva, posto que a infração estaria sendo cometida pelo estabelecimento remetente.

Assim, observando o disposto no art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, julgo NULA essa parte da autuação. Recomendo, no entanto, que novo procedimento de fiscalização seja efetuado no supra citado estabelecimento remetente.

Pelo exposto, com a devida *venia*, discordo do Parecer da Procuradoria e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 129712.0003/98-9, lavrado contra **GRAFFITE COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar pagamento do imposto no valor total de **R\$5.243,30**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$487,70, prevista o art. 61, IV “a”, da Lei nº. 4.825/989, de 60% sobre R\$3.479,94 e de 70% sobre R\$1.275,66, ambas previstas, respectivamente, no art. 42, II, “b”, e III, da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de Maio de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PROFAZ