

PROCESSO	- A. I. Nº 210432.0016/04-8
RECORRENTE	- COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0503-03/04
ORIGEM	- INFRAZIGUATEMI
INTERNET	- 23/03/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0061-11/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS. INOBSErvâNCIA DAS EXIGÊNCIAS REGULAMENTARES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ao deixar de cumprir as obrigações regulamentares acessórias, o contribuinte impediu o Fisco de comprovar a regularidade e a correção dos créditos fiscais utilizados. Rejeitadas às preliminares de decadência e nulidade. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 3ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente – Acórdão JJF nº 0503-03/04 – lavrado em 30/09/04 para exigir o ICMS no valor de R\$1.793.848,18, acrescido da multa de 60%, em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal a título de devolução de mercadorias, sem a devida comprovação.

Consta, ainda, na descrição dos fatos que a irregularidade é “referente às operações escrituradas como Devoluções (Anulação de Vendas e Trocas), acobertadas por notas fiscais de entrada emitidas pelo próprio autuado, sem constarem as indicações necessárias que pudessem comprovar a efetiva ocorrência das operações, em razão da falta de identificação do remetente, falta de indicação das mercadorias, falta de indicação do documento fiscal de origem”.

No seu Recurso Voluntário, o recorrente trouxe as seguintes arguições preliminares:

1. que já teria ocorrido a decadência do período de janeiro a setembro de 1999 porque, sendo o tributo sujeito ao lançamento por homologação, deve o sujeito ativo competente promover o lançamento de eventual saldo remanescente do tributo devido em 5 (cinco) anos, contados da data da antecipação do pagamento realizada pelo contribuinte, conforme artigo 150, § 4º, do CTN, não se aplicando para este caso concreto o art. 173, I, do mesmo Código, como decidiu o julgamento questionado. Citou doutrina e jurisprudência;
2. não poderia o Fisco simplesmente ignorar os lançamentos fiscais e presumir de maneira totalmente arbitrária, pelo simples descumprimento do dever instrumental (obrigação acessória), regulado pelo art. 653 do RICMS do Estado da Bahia, sem que se busque a verdade material, que não ocorreu a operação de devolução da mercadoria e, por isso, promover a glosa do ICMS;
3. se a mercadoria efetivamente retornou ao seu estabelecimento em virtude de troca, nasceu aí o direito de efetuar o crédito do ICMS, decorrente do princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto, e, caso entendesse o Sr. Fiscal que fora descumprida obrigação acessória na tomada deste crédito, deveria ter lançado multa pelo descumprimento desta obrigação tributária acessória, e não impedir o creditamento do ICMS;
4. é impossível cumprir as exigências estabelecidas no artigo 653, inciso II, do RICMS-BA para as empresas comerciais que trabalham com ECF, ainda mais no seu caso, posto que comercializa com mais de 8.000 itens e possui aproximadamente 100 itens devolvidos ou trocados por dia e, pelo disposto neste dispositivo, teria que emitir cem notas fiscais de

devolução e, necessariamente, constar assinatura do comprador e seu documento de identidade, isto é, 100 compradores teriam de se submeter a um procedimento burocrático, gerando filas e criando embaraços às devoluções de mercadorias, o que infringiria o Código de Defesa do Consumidor. Além disso, os seus estabelecimentos ficam abertos até à meia noite, quando não funcionam 24 horas, e, dessa forma, teria que manter o seu departamento fiscal atuando no mesmo período de funcionamento do estabelecimento para emitir a nota fiscal de devolução, o que implica maiores encargos trabalhistas.

No mérito, disse que, por ser usuário obrigatório de ECF-PDV segue as normas criadas pelo Convênio ICMS n.º 85/01, e nele está prevista a forma de se proceder o cancelamento do cupom fiscal ou de item deste cupom, o que torna impossível que se exija do consumidor “declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com a indicação do seu número de identidade”, como dispõe o inciso II, do parágrafo 2º, do artigo 653, do RICMS/BA, uma vez que o cancelamento do Documento Fiscal é feito no próprio ECF-PDV, sistemática esta que impossibilita a aposição de declaração do consumidor e a indicação do seu documento de identidade, em face da operação realizar-se eletronicamente.

Concluiu requerendo a nulidade do Auto de Infração, com o acolhimento da preliminar de decadência, bem como devido à impossibilidade de se glosar o crédito do ICMS decorrente da entrada da mercadoria no seu estabelecimento, por descumprimento de dever instrumental, porque não pode ser admitida a presunção neste caso.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, pontuou que, para poder usufruir o direito de crédito relativo ao imposto debitado por ocasião da saída de mercadorias, em virtude da sua devolução posterior, tem o contribuinte que provar que, efetivamente, essa devolução ocorreu, e sem a prova inequívoca da operação, não pode ele lançar mão do crédito.

Firmou que o recorrente não agiu em conformidade com os ditames regulamentares (§ 2º, do art. 653, do RICMS/97), tampouco demonstrou, por outros meios, que as devoluções efetivamente ocorreram, não procedendo, por conseguinte, a alegação de ofensa ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, porque não demonstrou o contribuinte que faz jus aos créditos glosados pela fiscalização.

Quanto às argumentações acerca da impossibilidade de tais exigências em face das regras estabelecidas no Convênio ICMS n.º 85/01, relativas à utilização de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF –, asseverou que estas não podem prosperar na medida em que, conforme ficou demonstrado, as regras citadas não têm nenhuma relação com as irregularidades decotadas no presente Auto de Infração, pois o que aqui se discute é quanto a supostas devoluções ocorridas em momento posterior à emissão de ECF, não estando em pauta a possibilidade de cancelamento das vendas com estorno do respectivo débito no próprio sistema.

Com relação à decadência suscitada pelo recorrente, lecionou que não tendo o contribuinte antecipado o pagamento do imposto devido, nem expressa nem tacitamente dar-se-á a homologação do lançamento, como vem se posicionando a jurisprudência, conforme a Súmula 219 do antigo Tribunal Federal de Recursos, segundo a qual não havendo antecipação do pagamento, o direito de constituir o crédito extingue-se decorridos cinco anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador, aplicando-se, destarte, a forma de contagem do art. 173, do CTN.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Sobre o tema “decadência”, já me pronunciei em outras oportunidades, entre elas a que gerou o Acórdão CJF nº 0274-12/02, da 2ª CJF, nos seguintes termos:

“Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores

ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.

Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o recorrente.”

Este meu entendimento encontra lastro em Decisão do Superior Tribunal de Justiça, STJ, 1ª Seção, EResp. 101.407/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ: 08.05.00, pois aquele precedente jurisprudencial, contém o seguinte mandamento: “Se o pagamento do tributo **não for antecipado**, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional. Embargos de divergência acolhidos.” (grifo meu)

Foi exatamente o que ocorreu neste Auto de Infração: o contribuinte ao utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS, promoveu a redução do imposto a ser recolhido, e, consequentemente, não houve o pagamento antecipado deste imposto.

Assim, entendo que, também no presente caso, por se tratar de lançamento de ofício, via Auto de Infração, não se operou a decadência para o período de janeiro a setembro de 1999, pois o prazo que a Fazenda Pública Estadual teria para constituir o crédito tributário relativo a este findaria em 01-01-2005, e o Auto de Infração foi lavrado em 30-09-2004 e o contribuinte cientificado do mesmo em 01-10-2004.

Ainda em preliminar, o recorrente se reporta à presunção e à ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS.

Primeiro, não há que se falar em presunção, pois a glosa do crédito fiscal se deu porque o Fisco entendeu que as notas fiscais de entrada, emitidas para acobertar as devoluções de venda supostamente ocorridas, estariam irregulares, e, por conseguinte, não gerariam o direito ao crédito fiscal.

Segundo, pela mesma inteligência, não é possível se alegar ofensa ao princípio da não-cumulatividade, pois a questão cinge-se à possibilidade ou não de se utilizar os já mencionados créditos fiscais, decorrentes da emissão de nota fiscal, sem que se cumpra o requisito necessário à comprovação da efetividade das operações.

Quanto à impossibilidade de se cumprir as exigências estabelecidas no artigo 653, inciso II, do RICMS-BA, esta é uma questão administrativa do autuado, que não compete ao Estado se envolver.

Por estas razões, deixo de acolher as preliminares de decadência e de nulidade do Auto de Infração, e passo à análise do mérito da autuação.

A acusação apontada foi a utilização indevida de crédito fiscal a título de devolução de mercadorias, sem a devida comprovação, porque as operações escrituradas como Devoluções (Anulação de Vendas e Trocas), foram acobertadas por Notas Fiscais de Entrada emitidas pelo próprio autuado, sem constarem as indicações necessárias que pudessem comprovar a efetiva

ocorrência das operações, em razão da falta de identificação do remetente, falta de indicação das mercadorias e falta de indicação do documento fiscal de origem.

O recorrente alega que cumpre as determinações do Convênio ICMS n.º 85/01, por ser usuário de ECF-PDV, que contém as regras para o cancelamento de cupom fiscal ou item de cupom, que, por sua vez, diferem do mandamento contido no § 2º, do art. 653, do RICMS/97.

As regras do Convênio citado se reportam ao cancelamento de cupom fiscal ou item de cupom quando a venda ainda não se realizou (caso do cancelamento parcial) ou imediatamente após a sua realização, em razão da desistência da compra pelo consumidor, quando este cancelamento se dará no próprio equipamento ECF-PDV.

Não é o que trata o presente caso.

Aqui o que ocorreu foi o cancelamento ou anulação, por devolução ou troca de mercadoria, em momento posterior a efetivação da venda, e, neste caso, tal operação não é realizada diretamente no equipamento ECF-PDV, mas acobertada por nota fiscal de entrada.

A emissão deste documento fiscal deve seguir as regras do art. 653 do RICMS/97, que entre outras coisas exige a identificação do remetente (consumidor que desistiu da compra ou devolveu ou trocou a mercadoria), a indicação da(s) mercadoria(s), bem como do documento fiscal de origem, para que fique comprovado que tal operação ocorreu, e, por conseguinte, assegure o direito à recuperação do imposto debitado pelas saídas, via crédito fiscal.

O contribuinte autuado não atendeu à nenhuma destas exigências, mas emitiu nota fiscal de entrada “genérica” em que, na descrição dos produtos, consta “anulados de vendas”, sem identificar, inclusive, o consumidor que desistiu da compra ou devolveu ou trocou mercadorias, e, menos ainda, o documento de origem que gerou o débito do imposto.

Mais, como bem lecionou a representante da PGE/PROFIS, o recorrente sequer demonstrou, por outros meios, que as devoluções efetivamente ocorreram.

Destarte, como nada foi trazido que pudesse eximir o recorrente pela irregularidade que cometeu, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 210432.0016/04-8, lavrado contra COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.793.848,18, sendo R\$531.368,70, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$1.262.479,48, acrescido de idêntica multa, prevista na alínea “a”, inciso VII do artigo 42 da citada Lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS