

PROCESSO	- A. I. Nº 298616.0005/04-9
RECORRENTE	- COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0487/03-04
ORIGEM	- INFRAZ IGUATEMI
INTERNET	- 01/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0088-12/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS REGULAMENTARES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Devido à falta de cumprimento de obrigação acessória, o autuado deixou de comprovar o direito à utilização dos créditos fiscais. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$871.118,19, em razão da utilização indevida de crédito fiscal, a título de devolução de mercadorias, sem a devida comprovação.

O autuado em sua Defesa suscitou uma questão preliminar, por entender que houve inérvia da Administração Pública na averiguação da entrada física das mercadorias no estabelecimento e que não se pode limitar o alcance do princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS e no mérito, citou o Convênio ICMS nº 85/2001, cujas cláusulas prevêem a possibilidade dos contribuintes obrigados ao uso do ECF, promoverem o cancelamento de vendas realizadas e sustentou a impossibilidade de a empresa atender às exigências previstas no art. 653 do RICMS/BA – exigir declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução -, em face da quantidade de mercadorias que circulam em seu estabelecimento.

Na sua informação fiscal o autuante manteve integralmente a autuação, afirmando que o autuado comete equívoco ao afirmar que foram por ele cumpridas as prescrições contidas no Convênio ICMS Nº 85/01 e não apresentou nenhuma prova inequívoca quanto às devoluções e trocas relativa às notas fiscais emitidas para gerar crédito fiscal.

O ilustre relator da Decisão recorrida, assim fundamentou o seu voto, *verbis* :

“Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada nas razões de defesa, pelos seguintes motivos:

- não se aplica ao caso em exame a alegação de que houve inérvia da Administração Pública na averiguação da entrada física das mercadorias no estabelecimento, haja vista que no prazo decadencial (de cinco anos) foi realizada a fiscalização do estabelecimento e exigido o imposto relativo ao crédito considerado indevido;

- não é acatada a alegação de que o autuante deveria verificar o livro Registro de Inventário, e por meio do controle de estoque poderia apurar o ingresso real das mercadorias devolvidas, uma vez que não se trata de levantamento quantitativo de estoque, e sim, apuração referente ao crédito fiscal utilizado indevidamente;

- quanto ao princípio constitucional da não cumulatividade, observo que em nenhum momento houve impedimento para utilização dos créditos fiscais, mas, devido à falta de cumprimento de obrigação acessória prevista na legislação, o contribuinte deixou de comprovar o direito à utilização dos créditos fiscais em questão.

Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, haja vista que não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, observo que o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por utilização indevida de crédito fiscal a título de devoluções de mercadorias (anulação de vendas e trocas) que foram acobertadas por notas fiscais de entradas, emitidas pelo autuado, sem conter as indicações necessárias à comprovação das operações realizadas, ou seja, faltando a identificação do cliente, da discriminação das mercadorias devolvidas, bem como, data e série do documento fiscal original e o valor de cada devolução.

De acordo com as notas fiscais comprobatórias da irregularidade apurada (fls. 51 a 87) foi constatado que o autuado englobou os valores de todas as devoluções supostamente realizadas, sem observar os requisitos legais para o creditamento do ICMS, por isso, foram elaborados os demonstrativos (fls. 14 a 17), referentes ao crédito considerado indevido, no período de dezembro de 2001 a junho de 2004.

Em relação aos créditos fiscais relativos às devoluções de mercadorias, o RICMS/97 estabelece:

“Art. 653. O estabelecimento que receber, em virtude de garantia, troca, inadimplemento do comprador ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de Nota Fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.

§ 1º (...)

§ 2º Nas hipóteses deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir Nota Fiscal, na entrada das mercadorias, mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;

II - obter, na Nota Fiscal (entrada) referida no inciso anterior ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;

III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso I no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Crédito do Imposto”, quando for o caso.”

O autuado não contestou os valores apurados no levantamento fiscal, e reconheceu que na condição de usuário de ECF, não cumpriu as exigências estabelecidas na legislação, alegando, em síntese:

a) impossibilidade física de cumprimento das exigências contidas no RICMS-BA;

b) o fato de trabalhar com mais de 8.000 itens, e haver devolução ou troca de cerca de 100

mercadorias por dia, cria empecilho à troca ou devolução e viola o Código de Defesa do Consumidor;

- c) *estabelecimentos funcionando no regime de 24 horas deveriam manter o departamento fiscal durante todo o período, em regime de plantão, onerando suas atividades;*
- d) *as exigências de identificação e assinatura na emissão de notas fiscais individualizadas, poderiam ser entendidas pelo consumidor como óbices ao gozo de seu direito de efetuar a devolução ou troca das mercadorias*

O autuante esclareceu que o presente lançamento não trata de infração referente a cancelamento de cupom fiscal emitido por ECF, nem sobre qualquer tipo de irregularidade nos seu funcionamento, considerando que já é prevista na legislação a possibilidade de cancelamento de vendas durante a execução da operação, caso o cliente desista, naquele momento, de qualquer item registrado.

No caso deste Auto de Infração, trata-se de devoluções de mercadorias que normalmente ocorrem, em momento posterior às vendas realizadas, quando o cliente resolveu devolver a mercadoria adquirida anteriormente. Para essa devolução, o cupom fiscal deve ter sido apresentado pelo cliente e, por entender que não estava obrigado a atender aos dispositivos constantes do RICMS-BA, o autuado optou por reunir, no final do dia, o volume de todas as mercadorias devolvidas em diversas notas fiscais de entradas.

Observo que não merecem prosperar as alegações defensivas, haja vista que a legislação condiciona a utilização do crédito fiscal decorrente da devolução de mercadorias ao cumprimento de obrigações acessórias com o objetivo de comprovar a exatidão dos valores do imposto creditado, inclusive a origem das mercadorias, e não se trata de impedir o uso do crédito fiscal, como argumentou o autuado, mas ao fato de que não ficou comprovado nos autos a regularidade e a correção dos créditos fiscais por ele utilizados.

Pelas notas fiscais de entradas emitidas com essa finalidade, não há qualquer possibilidade de apurar quais as mercadorias devolvidas, data e número do documento fiscal originário, além do seu valor, sobre o qual foi calculado o imposto creditado, impossibilitando, consequentemente, apurar se está correto o valor do crédito lançado no livro fiscal.

Quanto às cláusulas do Convênio ICMS nº 85/2001, citadas pelo autuado nas razões de defesa, não se aplicam ao caso em exame, haja vista que no presente processo não se trata de cancelamento de cupom fiscal, e sim, de devolução de mercadorias em decorrência de anulação ou troca, como reconhecido pelo próprio autuado em sua impugnação”.

O recorrente, por seus advogados, interpôs Recurso Voluntário e, inicialmente, reiterou a argüição de questão preliminar, que residiria na inéria da Administração Pública na averiguação da entrada física das mercadorias no estabelecimento do recorrente, através dos competentes registros fiscais.

Sustenta que não pode a Administração Pública com base de um dever instrumental, denominado como obrigação acessória, limitar o alcance do princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, previsto no inciso I, do § 2º, do artigo 155, da Constituição da República.

Ressalta que, comprovada a entrada e a saída física da mercadoria através dos Livros de registros respectivos, deve o sujeito passivo do imposto se creditar do imposto pago na entrada do bem em seu estabelecimento ou da devolução do mesmo que havia gerado o débito do ICMS e, destaca, que o Agente Fiscal não efetuou a verificação da entrada física da mercadoria no estabelecimento do impugnante.

Daí conclui que, como o Fiscal não examinou os registros de entrada, saídas e de inventário, não lhe é lícito impedir o crédito do imposto na devolução das respectivas mercadorias, tão-somente porque a impugnante teria descumprido dever instrumental instituído pelo inciso II, do artigo 653, do RICMS/BA, pois estar-se-ia limitando o gozo do princípio constitucional da não-cumulatividade, em flagrante inconstitucionalidade.

No mérito reitera os mesmos argumentos apresentados na Impugnação do lançamento, sustentando a impossibilidade de exigir-se do recorrente o cumprimento das disposições constantes no inciso II do art. 653 do RICMS/BA, tendo em vista que no momento da venda, através do equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, não há a indicação do comprador, entende que da mesma forma, na devolução da mercadoria, a sistemática deveria ser a mesma e discorre sobre as de atender essas formalidades em face de o estabelecimento trabalhar com mais de 8.000 itens, funcionando até a meia-noite e até 24 horas.

Salienta que os Estados firmaram o Convênio CONFAZ nº 85/01 que previu a utilização do ECF e otimizou os procedimentos fiscais, os quais, atualmente, não impõem as exigências delineadas no citado art. 653 do RICMS/BA.

Aduz que o referido Convênio previa na cláusula vigésima quarta o cancelamento do documento fiscal no próprio ECF, o que impossibilitaria a aposição de declaração do consumidor e a indicação do seu documento de identificação. Cita e transcreve a cláusula trigésima primeira do mesmo documento prevendo expressamente as informações que deverão ser lançadas no documento fiscal concernente ao cancelamento da venda e que tais prescrições foram devidamente observadas pelo recorrente, conforme se depreende das notas fiscais acostadas aos autos.

Destaca que as cláusulas citadas não fazem qualquer alusão quanto à necessidade de se identificar na respectiva nota fiscal de devolução o nome, o documento de identidade e a declaração do consumidor e a impraticabilidade de observar essas normas em face do volume de itens devolvidos e por vezes se tratar de produtos de pouco valor, razão por que a escrituração é feita no final do dia, por meio de uma só Nota Fiscal de Entrada, registrada no Livro de Registro de Entradas.

Ao final, requer o Provimento do presente Recurso Voluntário, para modificar a Decisão *a quo* declarando a Nulidade do Auto de Infração em epígrafe, acolhendo a preliminar suscitada, e no mérito, que o Auto de Infração seja declarado Improcedente, tendo em vista que o recorrente está sujeita à utilização do ECF, cujas regras estabelecidas pelo Convênio CONFAZ nº 85/01, não impõem aos contribuintes a necessidade de cumprir as formalidades que foram exigidas.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dr. Deraldo Dias de Moraes Neto, após analisar minuciosamente todas as peças dos autos aponta que o recorrente repete todos os argumentos da defesa e que a alegação de suposta nulidade, pelo simples fato de ter, uma suposta, inexistência de descumprimento de obrigação principal, está embasa em uma argumentação genérica sem nenhuma base fática e/ou jurídica.

No mérito, esclarece que o recorrente não apresentou nenhum documento capaz de elidir o fato notório que os créditos são indevidos e inexiste razão para o descumprimento do inciso II, do art. 653 do RICMS/BA, além de não existir incompatibilidade entre esse dispositivo legal e o Convênio nº 85/01 que trata apenas da emissão de notas fiscais.

Conclui que o contribuinte não trouxe fundamentos capazes de elidir a acusação e/ou contestou seus valores e, assim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Preliminarmente rejeito a argüição de nulidade suscitada pelo recorrente, já devidamente enfrentada e rejeitada na Decisão recorrida, porque realmente não procede a alegação de que houve inércia da Administração Pública na averiguação da entrada física das mercadorias no estabelecimento. Ao contrário, a realização da fiscalização que resultou no presente Auto de Infração, comprova que o Fisco cumpriu a sua parte, glosando os créditos fiscais utilizados indevidamente.

No mérito, verifico que o recorrente reitera os mesmos argumentos já expendidos em sua defesa inicial, olvidando-se de apresentar provas das devoluções, cujos créditos foram glosados pelo descumprimento da obrigação acessória, que é prevista em lei e indispensável para comprovar a operação realizada.

O fato é que foram juntadas aos autos as notas fiscais comprovando a irregularidade apurada, onde o autuado lançou devoluções supostamente realizadas, sem observar o disposto no art. 653 do RICMS/BA ou sequer oferecer outro meio de prova do desfazimento das vendas ou da troca de mercadorias em seu estabelecimento.

Ressalte-se, ainda, conforme aponta o Douto procurador, não existe nenhum incompatibilidade entre o citado dispositivo do regulamento e o Convênio nº 85/01 que trata da utilização do Emissor de Cupom Fiscal e dos procedimentos fiscais adaptados a esse equipamento.

Assim, como o recorrente, conforme aponta o ilustre procurador, nada de novo trouxe aos autos e não anexou qualquer prova das devoluções real e efetiva das mercadorias respectivas, considero que a Decisão recorrida está correta e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 298616.0005/04-9, lavrado contra COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$871.118,19, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS