

A. I. Nº - 146548.0601/06-8
AUTUADO - GE – JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - HAMILTON DE OLIVEIRA DOS REIS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 13/03/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0037-05/07

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA .Restou comprovado que se trata de devoluções de produtos impróprios para o consumo e que o procedimento do autuado está de acordo com a legislação vigente. Acusação insubsistente. 2. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. O procedimento do autuado não encontra amparo na legislação tributária estadual. Na situação em tela é previsto o estorno ou anulação do crédito fiscal correspondente. Infração comprovada. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** . Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2006, exige ICMS no valor de R\$87.629,32, acrescido da multas de 60% e 150%, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$9.227,04, e fatos geradores entre janeiro de 2003 a dezembro de 2004, por crédito fiscal indevido relativo às devoluções, constando nessas a observação de que se tratava de mercadorias impróprias ao consumo, por se ter vencido o prazo de validade das mesmas e;
2. Estorno indevido de débito de ICMS, de mercadorias deterioradas, por não se ter apresentado documento comprobatório da ocorrência, pela inspeção sanitária, exigindo-se imposto de R\$78.352,28, vinculado aos meses de janeiro de 2003 a dezembro de 2004.

Às fls 7/25 o autuante juntou ao Processo Administrativo Fiscal (PAF) demonstrativo para a infração 1, relacionando o emitente das referidas notas fiscais e o imposto ora reclamado. Às fls 26/36, anexou-se memória de cálculo para a infração 2, listando as notas fiscais emitidas pelo contribuinte e o imposto tido como exigido. Das fls 41/414 juntou-se notas fiscais relacionadas à infração 2.

O autuado impugnou o lançamento fiscal por meio de advogado, fls. 417/431 dos autos, transcrevendo as infrações a ele imputadas. Salientou que o autuante não observou o princípio da restrita legalidade, uma vez que os demonstrativos não se fizeram acompanhar das provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos. Disse que na infração 1, o autuante não trouxe cópias das notas fiscais de devolução e do Livro de Apuração do ICMS e, na infração 2, não apresentou cópias das notas fiscais de entradas de mercadorias referentes a esta ocorrência, nem os livros fiscais pertinentes. Solicitou a nulidade da autuação por essas razões. Afirmou que provará a pertinência do estorno do débito feito no curso do PAF.

Referiu-se ao art 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) como um marco a ser observado pela administração tributária quanto ao tratamento justo, digno e igualitário ao

contribuinte diante do contencioso fiscal, citando também como exemplo desta garantia o art 112 do CTN, que normatizou o princípio “in dúbio pro contribuinte”. Insistiu que não houve prova da acusação, colacionando aos autos doutrina de Paulo Barros de Carvalho e Suzy Hoffmann, bem como acórdão deste Conselho de Fazenda (CONSEF) sobre a imperiosidade para o fisco de demonstrar a infração. Aduziu que como não restaram provadas as infrações a ele imputadas, essas devem ser tidas como nulas, em obediência ao art. 18 do RPAF.

Repetiu que apresentará as contraprovas suficientes para elidir a infração 2 só não o fazendo nesse momento pela impossibilidade de se obter tais documentos junto a seus clientes. Informou que procedeu nesta infração de acordo com o estipulado pelo art. 368, III, do Regulamento do ICMS (RICMS-BA/97) e de que a infração padece de motivação, transcrevendo lição de Hely Lopes Meirelles nesse sentido. Assegurou que não ocorreu esta infração, sendo a acusação apenas uma presunção não consubstanciada.

Concluiu pela nulidade, e vencida essa, pela improcedência da autuação.

O autuante em sua informação fiscal (fls 440/43) explicou que o contribuinte tem como atividade o comércio atacadista de produtos de laticínio; recebe os produtos da Nestlé vindos de São Paulo e abastece o comércio varejista do Sul e Extremo Sul da Bahia, e que as mercadorias são transferidas dos caminhões da Nestlé para os do autuado, sem passar por depósito algum. Informou que a Nestlé proíbe o transporte de mercadorias deterioradas. Ressaltou que parte dos produtos adquiridos pelo contribuinte estraga-se ou perde a validade para o consumo humano. A empresa, nessa situação, exige que o cliente emita nota fiscal de devolução para essas mercadorias, com destaque do imposto e contendo a observação de que se trata de “mercadoria imprópria para o consumo”, e, posteriormente, a empresa emite documento fiscal para a entrada dessas mercadorias – dela para ela mesmo. Contrapondo a impugnação de elementos suficientes para determinar as infrações, observou que as notas fiscais autuadas porque todas elas foram devidamente escrituradas no livro de Registro de Entradas de Mercadorias (LRE) do estabelecimento autuado. Acrescentou que as infrações estavam consubstanciadas nos demonstrativos respectivos e que esse argumento defensivo era meramente procrastinatório.

No mérito quanto a infração 1 ressaltou que não houve a apresentação de argumento algum que descaracterizasse a infração. Quanto à infração 2, sustentou que não houve comprovação das devoluções efetuadas e que o procedimento adequado é o estorno do crédito referente às anulações de entradas e não o estorno dos débitos referentes a essas saídas. Concluiu pela procedência da autuação.

Os autos foram baixados em diligência (fls 448) para que o autuante anexasse ao PAF comprovação de que o autuado recebeu cópias dos referidos demonstrativos fiscais, com a base de cálculo apurada (fls 7/36); Em não havendo essa comprovação, recomendou-se que intimasse o contribuinte para receber os mesmos, repassando-os mediante recibo, reabrindo o prazo de defesa (30 dias). Cumprida a diligência (fls.451), os autos retornaram a este CONSEF sem que o contribuinte se manifestasse.

VOTO

Com a entrega dos demonstrativos que subsidiaram a lavratura do auto de infração ora em combate ao autuado e reabertura do prazo de defesa, a nulidade até então existente foi afastada, restabelecendo-se a regularidade da instrução processual.

Quanto à alegação para a infração 1 de que o citado demonstrativo não está acompanhado das notas fiscais de devolução e do livro de Apuração do ICMS e, na infração 2, não constar cópias das notas fiscais de entradas de mercadorias referentes a esta ocorrência, nem os livros fiscais

pertinentes, tenho a observar que todos esses, documentos e livros fiscais, estão na posse do contribuinte. Os fatos imputados ao autuado foram obtidos na contabilidade do mesmo, como provam as notas fiscais referentes à infração 2, emitidas pelo próprio contribuinte. A inexistência de recibo comprovando o repasse de cópias desses ao estabelecimento autuado não acarreta prejuízo algum ao mesmo, pois como dito esses estão sob guarda do contribuinte. Afasto dessa maneira tal arguição de nulidade.

Esclareço também que a defesa é o momento oportuno para apresentação das contraprovas que o contribuinte alega possuir e não outro qualquer, como assim parece crer a defesa. Esta é uma disposição regulamentar - Decreto Nº 7.629 (RPAF), art. 123, § 5º, e a recusa em cumpri-lo traz como consequência a preclusão do direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual. Em sendo assim, passo a decidir com base nos elementos trazidos aos autos, rejeitando, de logo, a alegação de que provas serão apresentadas posteriormente.

A infração 1 decorreu da glosa dos créditos fiscais constantes nos documentos fiscais autuados, com a acusação de que as mercadorias ali contidas não entraram no estabelecimento autuado. O autuante frisou que constava a observação nos citados documentos de que essas mercadorias seriam impróprias ao consumo ou a comercialização (deterioradas). Está aqui a se falar em devolução e não retorno de mercadorias. Recomenda o RICMS-BA/97, em seu art 651, que nessa situação, o cliente emita nota fiscal de devolução para essas mercadorias, com destaque do imposto, mencionando, nele, o motivo da devolução, e o fornecedor lance essas em seu livro fiscal. O autuante esclareceu que constava desses documentos a observação de “mercadoria imprópria para o consumo” e de que essas foram registradas no livro Registro de Entradas. Assim cumpriu as formalidades requeridas. Dessa maneira, como o defendente, não vislumbro motivação para esta acusação. Decido assim pela improcedência dessa acusação.

Quanto à infração 2, o procedimento prescrito é o estorno do crédito referente às anulações de entradas e não o estorno dos débitos referentes a essas saídas, conforme art. 100, V, do RICMS-BA/97. Vislumbro que razão não assiste ao autuado, uma vez que limitou-se a contestar a autuação, basicamente, com simples alegações, sem esclarecer, detalhadamente, a que se refere o estorno de débito, lançado como crédito do imposto, que possibilitasse ao mesmo o regular aproveitamento do respectivo crédito.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração de Infração para exigir imposto no montante de R\$78.352,28.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 146548.0601/06-8, lavrado contra **GE – JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$78.352,28**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “F” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2007.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR