

A. I. N°. - 120018.0007/08-2  
AUTUADO - ANGEL INDÚSTRIA, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS VEGETAIS LTDA.  
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUSA  
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA  
INTERNET - 04.05.09

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0101-04/09**

**EMENTA: ICMS.** 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS COM ALÍQUOTA MAIOR DO QUE A UTILIZADA NA OPERAÇÃO ORIGINÁRIA. Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido, o adquirente emitirá Nota Fiscal para acompanhar os produtos a serem devolvidos ao fornecedor, calculando o tributo correspondente à saída em função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constantes na Nota Fiscal de origem, nos termos do art. 368, I do RICMS/BA. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. A escrituração dos livros fiscais deve ser feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária, conforme estabelece o art. 319 do RICMS/BA. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2008, exige-se ICMS no valor de R\$ 3.100,24 e multa de R\$ 2.578,00, uma vez que foram atribuídas ao sujeito passivo as seguintes infrações:

- 1- utilização indevida de crédito fiscal do imposto, em decorrência de destaque do mesmo a maior nos documentos referentes às devoluções de mercadorias, com crédito de 17%, cuja saída se deu a 12%. R\$ 3.100,24. Aplicada a multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96;
- 2- entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Aplicada a multa de 10%, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 2.578,00.

Às fls. 18 a 28, através de advogado regularmente constituído, procuração à fl. 32, o autuado apresenta impugnação. Inicia ao dizer sempre honrar as suas obrigações tributárias. Requer a nulidade do lançamento sob julgamento. Cita o art. 93 do RICMS/BA para argumentar que o Auto de Infração não poderia ter sido lavrado na totalidade do imposto, uma vez que 80% deste já havia sido recolhido, sendo que a alíquota correta seria 5% (resultante da diferença entre 17% e 12%). Pondera que mesmo desconsiderando-se o valor já pago, a alíquota correta seria 12%, ao invés de 17%. Entende que a aplicação da alíquota cheia na cobrança da suposta infração é violar os ditames do RICMS/BA. Isto porque, assim procedendo, o que se está calculando é o fato gerador, e não o crédito fiscal, como determina o art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No tocante à infração 02, tem que os dispositivos violados foram o art. 42, IX da Lei nº 7.014/96 c/c art. 342 do RICMS/BA, que transcreve. Alega o desconhecimento da nota fiscal objeto da

mencionada infração, a não localização da mesma após dias de verificação no estabelecimento e o entendimento de que houve algum problema ou fraude, que cabe ao Estado apurar. Aponta o recorrente o fato de algumas empresas utilizarem os dados cadastrais de outras, situadas em unidades federativas distintas, com o fim de circular produtos sem recolher o ICMS antecipado no mercado interno, ou até mesmo de obter crédito bancário de forma ilícita.

Cita decisão administrativa para consubstanciar que não procede auto de infração baseado apenas em cópia de nota fiscal, de cujo crédito nunca se utilizou, sem a prova da efetiva circulação de mercadoria, que seria o instrumento utilizado pelo julgador para apurar a verdade dos fatos. No presente caso, conclui ser ilegítima a prova apresentada pelo Fisco, em função da não representatividade legal, da não oficialidade e por não conter relação material com o fato. Ressalta tal acepção acostando decisões administrativas e judiciais e citando dispositivo do Código de Processo Civil.

No que se refere à multa de 60%, fundamentando-se em doutrina e no art. 150, IV da Constituição Federal, entende que há violação ao princípio da proibição do confisco, o que demonstra a anulabilidade do auto de infração.

Finaliza requerendo seja julgada totalmente procedente a impugnação, para que se declare nulo o auto de infração.

A autuante apresenta informação fiscal à fl. 38. Após tecer considerações acerca da autuação e das alegações do autuado, argumenta que foi utilizado pelo mesmo um crédito fiscal – a maior – no valor de R\$ 3.100,24, e que o fato de no demonstrativo constar a alíquota de 17% em nada altera o valor do imposto devido. Quanto à segunda infração, diz que o ônus da prova cabe ao autuado, haja vista constar na nota fiscal o mesmo como destinatário e, como se trata de um fornecedor habitual do mesmo, este poderia comprovar a quem se destinou.

Mantém a autuação em sua totalidade.

## **VOTO**

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas pelo autuado, uma vez que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. O PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. No que se refere à suposta agressão ao princípio da proibição do confisco, na multa da infração 02, verifico que a mesma está devidamente prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96. Portanto, a exigência é legal. Eventual inconstitucionalidade do citado dispositivo de lei não pode ser apreciada por este Conselho, por inexistência de atribuição para tal.

No mérito, o Auto de Infração em lide exige ICMS por utilização indevida de crédito fiscal do imposto, em decorrência de destaque do mesmo a maior no documento referente à devolução de mercadoria e por entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

O autuado requer a nulidade do auto de infração, em função de indevida aplicação de alíquota, de o auto de infração ter se baseado apenas em cópia de nota fiscal e do suposto caráter confiscatório da multa da infração 02.

A autuante não aceita as razões da impugnação e mantém integralmente o auto de infração.

Conforme cópias dos livros de registros de entradas e de saídas de fls. 11 a 13, constato que a nota fiscal de entrada número 3086, emitida em 10/03/05, cuja alíquota foi de 17%, refere-se à devolução de parte das mercadorias da nota fiscal de saída número 390, de 29/11/04, cuja alíquota foi de 12%. Verifico também que a nota fiscal de entrada número 3088, emitida em 10/03/05, cuja alíquota foi de 17%, refere-se à devolução de parte das mercadorias da nota fiscal número 356, de 22/10/04, cuja alíquota foi de 12%.

Nos termos do art. 368, I do RICMS/BA, nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido e nos demais casos em que houver necessidade de fazer-se o ressarcimento do imposto retido, já tendo este sido recolhido, o adquirente emitirá Nota Fiscal para acompanhar as mercadorias a serem devolvidas ao fornecedor, calculando o imposto correspondente à saída em função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constantes na Nota Fiscal de origem, total ou parcialmente, conforme o caso.

Consoante o inciso III do citado artigo, para efeito de ressarcimento do imposto anteriormente retido, o remetente emitirá outra Nota Fiscal, exclusiva para esse fim, em nome do respectivo fornecedor, contendo as indicações pertinentes nos campos próprios (Convênio ICMS 56/97).

Observo que o procedimento adotado pelo autuado contraria as normas acima mencionadas, uma vez que utilizou – na devolução – alíquota maior do que a usada na saída; caracterizando, desta forma, utilização indevida de crédito fiscal de R\$ 3.100,24 (demonstrativo de cálculo de fl. 09). Não houve tributação de fato gerador com alíquota de 17%, como diz o contribuinte.

O cálculo do ICMS devido (fl. 09) tomou por base a diferença entre o valor que foi creditado a 17% (coluna B) e aquele que deveria ter sido creditado a 12% (coluna A); resultando na diferença de 5% sobre a base de tributação, nos moldes em que confirmou o autuado que seria correto. Este valor de R\$ 3.100,00 foi transportado para o demonstrativo de débito do Auto de Infração, não configurando aplicação de alíquota de 17%. Infração caracterizada.

Percebo na nota fiscal de fl. 14 – objeto da infração 02 – que há aposição de carimbo de Posto Fiscal do Estado da Bahia e, mais importante, no campo “ESPECIFICAÇÕES E ASSINATURA DO RECEBEDOR” consta a mesma assinatura de quem deu ciência no auto de infração (fls. 02 e 03), pessoa que está registrada como sócia do autuado no contrato social de fls. 30 e 31: SRA. CRISTIANE REGINA BARROS, o que demonstra o recebimento da via do documento fiscal quando da autuação.

A escrituração dos livros fiscais deve ser feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária (art. 319 do RICMS/BA).

A mencionada nota fiscal, de fl. 14, foi coletada no trânsito de mercadorias, tem como destinatário o autuado, os produtos consignados são latas vazias – que guardam relação com a atividade econômica do mesmo -, há indicação do transportador e, em anexo, duplicata emitida contra o sujeito passivo. Tudo isso demonstra a circulação de mercadoria e, não tendo sido registrado o documento fiscal na escrita do contribuinte, é correta a aplicação da multa. Infração caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 120018.0007/08-2, lavrado contra **ANGEL INDÚSTRIA, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS VEGETAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.100,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 2.578,00**, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR