

PROCESSO - A. I. Nº 146548.0601/06-8
RECORRENTE - GE-JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0037-05/07
ORIGEM - INFAS TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 01/09/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0245-11/10

EMENTA: ICMS. ESTORNO DE DÉBITO CONSIDERADO IRREGULAR EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Falta de suporte nas normas legais para acolhimento do procedimento adotado pelo autuado. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 5ª JJF, a qual, no Acórdão nº 0037-05/07, considerou Procedente em Parte a ação fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$87.629,32, acrescido de multa de 150% e 60%, em decorrência das seguintes infrações:

1. Utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS em razão de não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, sendo exigido ICMS no valor de R\$9.277,04, acrescido da multa de 150%.

Consta, na “Descrição dos Fatos”, que se refere ao lançamento de notas fiscais recebidas de clientes, tendo como natureza de operação a devolução, com observação no corpo da NF que se tratava de mercadorias impróprias para comercialização ou consumo, em face do vencimento do prazo de validade.

2. Efetuar estorno de débito de ICMS, em desacordo com a legislação específica, sendo exigido ICMS no valor de R\$78.352,28, acrescido da multa de 60%.

Consta, na “Descrição dos Fatos”, que se refere “*a emissão, lançamento e uso de crédito de ICMS das notas fiscais de entradas de mercadorias (produtos de laticínio), tendo como natureza de operação: Devolução, como remetente: O Próprio Contribuinte e observação: Mercadoria Imprópria para Consumo; sem apresentar nenhum documento comprobatório da ocorrência.*”

O autuado apresentou impugnação, através de advogado (fls. 417 a 431), arguindo a nulidade, sob o fundamento de não ter o autuante observado o princípio da legalidade, uma vez que os demonstrativos não se fizeram acompanhar das provas necessárias à demonstração dos fatos.

Sobre a Infração 1, asseverou que 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, aduzindo que provaria a pertinência do estorno do débito feito no curso do PAF.

O autuante, na sua informação (fls. 440/443), reportando-se à infração 01, sustentou a falta de argumentos da defesa capazes de descharacterizá-la, enquanto, na infração 2, inexistia comprovação das devoluções efetuadas.

A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, destacou a entrega ao autuado, dos demonstrativos que subsidiaram a lavratura do Auto de Infração ora em combate e reabertura do seu prazo de defesa, afastando a nulidade até então existente, restal da tramitação processual.

De outra parte, ressaltou a JJF ser a defesa o momento oportuno para apresentação das contraprovas que o contribuinte alega possuir, consoante estabelece o Decreto nº 7.629 (RPAF), art. 123, § 5º, e a recusa em cumprir tal determinação traz como consequência a preclusão do direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, rejeitada, portanto, a viabilidade de provas serem apresentadas posteriormente.

Em seguida, passou a decidir o mérito da autuação, com base nos elementos informativos constantes dos autos, *verbis*:

"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 deficiente, não vislumbra 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."

Nesse contexto, decidiu a 5ª JJF pela procedência em parte do Auto de Infração, com exigência do imposto no montante de R\$78.352,28.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso (fls. 463 a 474), tendo por objeto a descaracterização da infração de nº 02.

Na peça recursal arguiu a preliminar de nulidade, alegando a mudança de foco da autuação, visto que o fiscal autuou pelo ESTORNO DE DÉBITO DE ICMS, que disse ter sido realizado em desacordo com a legislação, enquanto a 5ª Junta de Julgamento Fiscal condenou o autuado por não proceder ao ESTORNO DE CRÉDITO DE ICMS em desacordo com a legislação, restando clara a total divergência da Decisão em relação ao objeto da autuação.

Aduziu que as decisões prolatadas não podem conhecer questões diferentes das suscitadas, ou seja, deve se restringir aos limites da autuação proposta, citando e transcrevendo artigos do Código Civil e diversas jurisprudências de Tribunais Pátrios.

No mérito, argumentou que o autuante, ao imputar ao autuado o estorno de débito do ICMS, não procedeu a uma análise apurada da verdade material, porquanto as cópias das notas fiscais de devolução dos produtos impróprios para consumo anexadas (doc nº 4), conforme relação elaborada pelo autuante (doc nº 5), comprovam a regularidade do estorno de débito relativo a tais devoluções e as notas fiscais emitidas pelos clientes do Autuado, tornando-se provas incontestes de que a operação de circulação de tais mercadorias não se realizou, "fato absolutamente normal, uma vez que, como é cediço os produtos lácteos possuem curto prazo de validade."

Para lastrear suas razões reproduziu parte dos artigos 368 e 93 do RICMS e ratificou a falta de amparo para o autuante proceder à exigência fiscal sob o fundamento de que o contribuinte procedeu ao estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto.

Recorrendo a trechos de Pareceres de Juristas (Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles), reiterou não haver "motivo para que se procedesse a lavratura do prefalado Auto de Infração, posto que é premissa exata que o Auto de Infração, ou a notificação fiscal, que se embasam em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos SEM MOTIVAÇÃO, e assim, nulos ex radice, inconvalidáveis."

Salientou que a validade e eficácia do ato administrativo estão condicionadas à sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, inexistindo prova de que houve infração praticada pelo autuado, mas apenas presunção, não consubstanciada, o que desautoriza a exigência da ação fiscal em comento.

Daí, concluiu na linha de que uma vez provado o direito ao estorno de débito do ICMS, ou seja, comprovada a devolução das mercadorias relacionadas pelo autuante, fatalmente a lavratura do Auto de Infração seria nula e, por isso, requeria ao CONSEF que decretasse a total improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fl. 1211, sugeriu que o feito fosse baixado em diligência para a ASTEC, considerando a necessidade do completo exame da documentação apresentada às fls. 485/1204, em face do teor da infração 02 e a tese recursal de que o autuado teria direito ao estorno do imposto.

Em pauta suplementar, no dia 30/10/2007, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, de acordo com o Parecer da PGE/PROFIS, decidiu converter o PAF em diligência para ASTEC, objetivando o exame da documentação trazida aos autos pelo recorrente e, se em função dela, subsistiria a acusação.

Às fls. 1217/1219, o auditor diligente, atendendo ao quanto solicitado, apresentou o Parecer ASTEC Nº 031/2008, inicialmente analisando os elementos que compõem a ação fiscal e, em seguida, concluindo na literalidade adiante transcrita:

"Os documentos de fls. 41/414 referentes a infração 02, tratam-se de notas fiscais de entradas de mercadorias, constando como natureza da operação "Devolução", tendo como remetente e destinatário o próprio contribuinte, também lançadas com crédito do imposto do ICMS, conforme fls. 1.220/1.428.

Os apresentados pelo autuado em sua defesa à fl. 485/1.208 tratam-se de notas fiscais de devolução com destaque do imposto, emitidas por clientes inscritos no cadastro do ICMS, estando as mesmas lançadas no livro de Registro de Entradas de Mercadorias, conforme fls. 1.220 / 1.428, com utilização dos referidos créditos fiscais.

Portanto, no meu entendimento o autuado efetuou lançamentos de créditos tanto pelas notas fiscais emitidas por contribuintes quanto da devolução das mercadorias, bem como pelas notas fiscais emitidas por ele próprio e que foram objeto da infração 02.

Apesar de intimado, conforme fls. 1.429/1.430, as operações de devoluções de mercadorias realizadas através de notas fiscais de entradas de mercadorias, com crédito do imposto, emitidas pelo próprio contribuinte, não foram comprovadas através de documentos comprobatórios das operações realizadas."

O sujeito passivo manifestou-se sobre o Parecer da diligência da ASTEC (fls. 1.435/1.439), insistindo nos argumentos já apresentados na peça recursal, sobremodo no enfoque de que o retorno de mercadorias tem seus registros efetuados através das notas fiscais de devolução, emitidas por estabelecimentos inscritos no CAD-ICMS, citando exemplos ou através de notas fiscais da própria GE-JOTA quando oriundo de estabelecimentos não inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, indicando diversas razões sociais de empresas com denominação de atividade comercial.

Às fls. 1457/1459, o recorrente formalizou petição para juntar diversos documentos, tais como: Registro de Saída; Registro de Entradas e notas fiscais, todos dos anos de 2003 e 2004, asseverando que tal medida objetivava comprovar o estorno do débito de ICMS relativo aos produtos remetidos para revenda e não comercializados, por motivo de vencimento do prazo de validade dos mesmos.

Encaminhados os autos à PGE/PROFIS, o ilustre procurador Dr. João Sampaio Rego Neto, às fl. 2058, ao analisar o pleito do autuado, com intuito de evitar futuras alegações de cerceamento do direito de defesa, propôs fosse o processo encaminhado, em diligência, para a ASTEC, visando ouvir a opinião do auditor acerca da documentação acostada pelo recorrente.

Mais uma vez analisado o processo na pauta suplementar do dia 2 de Julgamento Fiscal, por unanimidade, não acatar a proposição d

ou dúvida para o deslinde da matéria em discussão, tratando-se, exclusivamente, de interpretação da legislação tributária Estadual.

Retornado o PAF para a PGE/PROFIS, a douta procuradora Dra. Sylvia Amoêdo apresentou Parecer conclusivo (fls. 2063/2064), opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, considerando que os argumentos trazidos pelo recorrente eram insuficientes para proporcionar a reforma da Decisão guerreada, que estava correta. Aduziu que a diligência realizada pela ASTEC verificou a documentação acostada, confirmando o acerto da ação fiscal, ante a adoção, pelo autuado, de procedimento não previsto na legislação, não havendo novidade no teor dos documentos por ela apresentados, já que emitia notas fiscais de entrada de mercadorias, constando devolução como natureza de operação, apresentando-se como remetente e destinatário o próprio contribuinte, sendo lançadas com crédito de ICMS.

Por conseguinte, entendeu acertada a ação fiscal e correta a Decisão de 1ª Instância, pois, no caso concreto, determina a legislação posicionamento exatamente oposto àquele procedido pelo autuado, ou seja, deveria efetuar o estorno ou a anulação do crédito, pugnando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Do exame atencioso do presente PAF, constato que o Recurso manejado pelo contribuinte diz respeito à infração de nº 02 do Auto de Infração nº. 146548.0601/06-8, onde lhe é imputada a exigência do imposto no valor de R\$78.352,28, acrescido de multa de 60%, em decorrência do estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação vigente.

A 5ª JJF julgou procedente em parte o Auto de Infração, considerando improcedente a infração de nº 01 e totalmente procedente a de nº 02, tendo o recorrente, nas razões recursais, sustentado idêntica tese da peça impugnatória, sem trazer à apreciação qualquer fato novo ou prova documental capaz de promover alguma alteração no curso do julgamento do feito.

Quanto a preliminar de nulidade suscitada sob o fundamento da mudança do fulcro da autuação, alegando que o autuante efetuou o lançamento em razão de o ESTORNO DE DÉBITO DE ICMS, praticado pelo autuado ter sido realizado em desacordo com a legislação, ao passo que a 5ª JJF condenou o autuado por não proceder a ESTORNO DE CRÉDITO DE ICMS em desacordo com a legislação, não pode prosperar, bastando a simples leitura da Decisão, para se constatar que a JJF, ao decidir pela procedência da imputação, citou o procedimento que seria correto e prescrito na legislação, qual seja, o estorno do crédito referente às anulações de entradas e nunca o estorno dos débitos referentes a essas saídas.

Meritoriamente, verifica-se que o autuado-recorrente emitia notas fiscais de entrada de mercadorias com natureza de operação “devolução”, constando como remetente e destinatário o próprio emitente, notas essas lançadas como crédito de ICMS.

Consultada a legislação pertinente, obtém-se do RICMS/BA o seguinte:

“Do Estorno ou Anulação do Crédito Fiscal

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

V - perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração;

Do Estorno ou Anulação do Débito Fiscal

Art. 112. O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando ni documento fiscal.

§ 1º Se o imposto já houver sido recolhido, far-se-á o estorno ou anulação n

nos termos do inciso VIII do art. 93, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação.

§ 2º É vedada a restituição ou a autorização para aproveitamento como crédito fiscal, ao estabelecimento remetente, do valor do imposto que tiver sido utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, a menos que se comprove que o mesmo procedeu ao estorno do respectivo valor.

Art. 113. A escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será "Estorno de Débito", consignando-se o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos."

Da atenciosa leitura dos artigos reproduzidos, depreende-se, sem margem a dúvidas, que o procedimento preconizado pela legislação é exatamente o oposto àquele adotado pelo autuado, ou seja, no caso de devolução por perecimento (art. 100, V), **o contribuinte procederá o estorno ou anulação do crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições das mercadorias**, jamais poderia efetuar o estorno de débito do imposto, como incorretamente realizou.

Por outro ângulo, no que pertine à postulação do recorrente de que inexistia motivo para a lavratura do Auto de Infração, mais uma vez razão não lhe assiste, visto como o referido auto encontra-se revestido de todas as formalidades legais, com a imputação fundamentada, tendo o contribuinte contestado com fundamentos específicos à hipótese versada, não restando evidenciada nenhuma motivação falsa, inexistente ou inidônea embasando a autuação.

Vale frisado que o Recurso não trouxe à apreciação desta Câmara qualquer fato novo, real e concreto, encontrando-se o feito desacompanhado de prova documental hábil para promover qualquer alteração no julgamento, que se apresenta incensurável.

Por tais fundamentos e com supedâneo nos elementos informativos residentes nos autos, incapazes de dar amparo à tese apresentada pelo recorrente visando elidir a ação fiscal, inclusive a diligência ASTEC de fls. 1217/1219 e o Parecer da PGE/PROFIS de fls. 2063/2064, alternativa não resta senão a de considerar correta a imputação aplicada pela fiscalização, mantendo-se, na íntegra, a Decisão proferida pela 5ª JJF.

Concludentemente, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 146548.0601/06-8, lavrado contra **GE-JOTA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. PGE/PROFIS