

A. I. Nº - 057039.0015/10-8
AUTUADO - BR LABELS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARIA CÉLIA ARAÚJO SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16. 12. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0313-01/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS POR CONSUMIDOR FINAL. O contribuinte não procedeu na forma regulamentar o registro das operações e não carrou aos autos provas da materialidade das devoluções. Infração caracterizada. 2. NULIDADE. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVROS FISCAIS. LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não há nos autos elementos para se determinar, com segurança, se está sendo cobrado imposto por descumprimento de obrigação principal, ou se foi indicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória. Infração nula a teor do disposto no art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada na defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 14/06/2011, exige ICMS, no valor total de R\$ 91.883,08, em razão do cometimento das seguintes infrações:

Infração 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, nos meses de outubro a dezembro de 2009, janeiro a junho e agosto a dezembro de 2010. Foi lançado imposto no valor de R\$ 83.710,21, mais multa de 60%.

Infração 2 - Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro e dezembro de 2009 e novembro de 2010. Foi lançado imposto no valor de R\$ 8.172,87, mais multa de 70%, nos meses de novembro e dezembro de 2009, e de 100%, no mês de novembro de 2010.

O Autuado apresenta defesa (fls. 2731 a 2739) e, preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, argumento que não teve a oportunidade de comprovar a legalidade das devoluções em tela, comprovando, assim, que não se utilizara de crédito fiscal indevido decorrente de devolução de mercadorias.

Referindo-se à Infração 1, explica que atua no comércio varejista de roupas masculinas destinadas a consumidores exigentes, os quais estão acostumados a um bom atendimento, especialmente quanto ao tratamento de pós venda. Diz que, por saber das exigências legais, especialmente as dispostas no §2º do art. 653 do RICMS-BA, sempre se guarneceu de documentos fiscais aptos a comprovar o regresso das mercadorias em decorrência de troca, no entanto, a coleta de declaração firmada pelos consumidores é negada por parte destes que, às vezes, optam por não mais adentrar ao estabelecimento a ter que preencher formulários e declarações. Sustenta que, apesar de ser a

declaração uma exigência subsidiária, é de difícil, senão impossível, consecução, pois não há como se exigir a exibição de nota fiscal nos casos de troca de presentes.

Assevera que, visando à busca da verdade material, está juntando às fls. 2749 a 3262 dos autos relações dos consumidores que efetuaram suas trocas durante os exercícios de 2009 e 2010, com os respectivos cadastros, para que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia officie aos adquirentes, trazendo à baila a verdade dos fatos, objetivando a anulação do Auto de Infração.

Realça que a devolução de mercadorias não é fato gerador de tributo, ao passo que a exigência contida no art. 653 do RICMS-BA não foi factível, uma vez que não poderia restringir a sua atividade e não poderia a norma se sobrepôr à sua atividade. Diz que não se conforma com a autuação, pois, além de contribuir ativamente para com a fiscalização, ofertou as informações possíveis (cadastro dos consumidores), porém não foi sequer ouvido.

Requer a oitiva dos clientes relacionados, os autores das trocas, para que possa comprovar a regularidade das devoluções a anulação do lançamento. Diz que deixar de ouvir os consumidores caracteriza cerceamento de defesa. Menciona que fez o regular cadastro de seus consumidores, o que comprova a sua boa-fé e ausência de dolo, fato que deve ser considerado pelos julgadores. Sustenta que não lhe deve ser aplicada qualquer penalidade além do pagamento de multa por descumprimento de obrigação instrumental.

Quanto à Infração 2, requer nova verificação das operações não escrituradas, as quais são referentes a transferências de mercadorias e/ou retorno de materiais. Aduz que sempre disponibilizou os documentos da empresa, o que comprova a sua boa-fé e ilibada conduta. Às fls. 3263 a 3275, foram acostadas fotocópia de notas fiscais listadas nesse item do lançamento.

Diz que a exigência das multas lhe subtrai excessiva renda e, caso sejam mantidas, lhe trará graves consequências financeiras, o que diz ser vedado pelo art. 150, inc. IV, da Constituição Federal, que proíbe o confisco. Aduz que também foi violado o princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, §1º, da Constituição Federal, uma vez que a autuante esqueceu que a renda tributável somente pode ser obtida após a dedução das despesas necessárias à atividade empresarial, como é o caso das despesas com tributos, folha de pagamento, dentre outras.

Ao finalizar sua defesa, o autuado solicita que a preliminar de nulidade seja acolhida. Requer a oitiva dos consumidores finais, para comprovar que não houve o aproveitamento indevido de crédito fiscal. Pede que, caso a autuação seja mantida, que lhe seja aplicada a multa prevista no art. 42, inc. XVII, da Lei nº 7.014/96, pois apenas deixou de cumprir a formalidade de preencher um documento. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

A autuante presta informação fiscal (fls. 3277 e 3278) e, referindo-se à Infração 1, ressalta que o autuado, antes da lavratura do Auto de Infração, teve a oportunidade de comprovar a devolução das mercadorias de que trata esse item do lançamento, conforme atesta a intimação de fl. 7.

Ressalta que o disposto no art. 653, §2º, II, do RICMS-BA, determina que se consigne na nota fiscal, ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com a indicação do motivo, fazendo constar a espécie e o número de seu documento de identidade. Aduz que, nas notas fiscais acostadas ao processo (fls. 68 a 2.724), há um carimbo com repetidas assinaturas que, evidentemente, não são de consumidores finais. Destaca que a grande quantidade de devolução comprova a acusação.

Quanto à Infração 2, diz que o autuado não comprovou a escrituração das referidas notas fiscais.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do lançamento, por cerceamento de defesa, argumentando que não teve a oportunidade de comprovar a legalidade das devoluções das mercadorias antes da lavratura do Auto de Infração.

Afasto essa preliminar de nulidade arguida na defesa, pois as condições previstas no §2º, I e II, do art. 653 do RICMS-BA, necessárias para a apropriação de crédito fiscal decorrente de devolução, devem ser cumpridas pelos contribuintes independentemente de qualquer ação do fisco. Ademais, a intimação acostada à fl. 7 dos autos comprova que, em 27/05/11, antes da lavratura do Auto de Infração, a autuante teve o cuidado de intimar o autuado a comprovar as devoluções ocorridas nos exercícios de 2009 e 2010.

Trata a Infração 1 da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidores finais sem a devida comprovação. Como prova dessa acusação, a autuante elaborou demonstrativos com a apuração do imposto (fls. 24 a 67), bem como acostou ao processo as notas fiscais de entradas emitidas pelo autuado (fls. 68 a 2.724).

Ao dispor sobre a devolução de mercadoria efetuada por pessoa não obrigada a emissão de nota fiscal, o RICMS-BA, no seu art. 653, assim dispõe:

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.

[...]

§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;

[...]

Conforme consignado no *caput* do artigo 653 do RICMS-BA, a legislação tributária estadual prevê a hipótese de utilização de crédito fiscal de ICMS nos casos de devoluções realizadas por consumidores finais pessoas físicas ou por pessoas jurídicas não obrigadas à emissão de nota fiscal. Todavia, o estabelecimento recebedor das devoluções deverá comprovar a efetividade dessas devoluções mediante o cumprimento das obrigações previstas no §2º transcrito acima.

No caso em tela, o autuado emitiu a nota fiscal de entrada citada no inciso I do §2º do artigo 653 (fls. 68 a 2.724), porém o exame desses documentos fiscais evidencia que eles não atendem às determinações contidas no inciso II desse referido dispositivo regulamentar. O atendimento das obrigações acessórias discriminadas no inciso II, transcrito acima, é fundamental para se comprovar a devolução e, assim, resguardar o Erário de prejuízos referentes a operações que não representem reais devoluções.

Em sua defesa, o autuado afirma que as devoluções ocorreram e, como prova dessa assertiva, acosta aos autos os demonstrativos de fls. 2.749 a 3.262 uma relação dos consumidores que efetuaram as alegadas trocas durante os exercícios de 2009 e 2010, com os respectivos cadastros desses consumidores. Solicita que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia oficie aos consumidores finais visando comprovar a devolução das mercadorias.

Esses demonstrativos apresentados na defesa não suprem a exigência prevista no inciso II do §2º do artigo 653 do RICMS-BA, qual seja, a declaração assinada pela pessoa que efetuou a devolução, com a indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade.

Indefiro a solicitação do autuado para que a SEFAZ oficie aos consumidores finais que efetuaram as alegadas devoluções, pois, nos termos do art. 653, §2º, I e II, do RICMS-BA, cabia ao autuado cumprir as obrigações tributárias acessórias previstas para comprovar as devoluções. Ao decidir agir em desconformidade com o previsto na legislação, o autuado trouxe para si a incumbência de comprovar que o seu procedimento irregular não ensejou prejuízo ao Estado.

O defendente assevera que é difícil, ou até mesmo impossível, obter a declaração das pessoas físicas acerca das alegadas devoluções. Esse argumento defensivo não possui o condão de modificar a legislação tributária estadual e nem elide a infração. Do mesmo modo, a alegação defensiva de que agiu de boa-fé e sem dolo também não elide a infração.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração, no percentual de 60%, saliento que essa pena é a prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apurada, não havendo como prosperar a tese defensiva de que a referida multa tem o caráter de confisco e viola o princípio da capacidade contributiva. Ademais, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo apreciar matéria referente à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

O autuado faz alusão à apuração da “renda tributável”, porém esse argumento não pode ser acolhido, pois o ICMS tem como fatos geradores a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e a prestação de serviços de comunicação. Dessa forma, não há o que se falar em dedução das despesas necessárias à atividade empresarial.

Sustenta o defendente que, caso reste caracterizada a infração, lhe seja aplicada a multa prevista no art. 42, XVII, da Lei nº 7.014/96, pois apenas deixou de cumprir obrigação de caráter formal. Mais uma vez, o pleito defensivo não pode ser acolhido, já que a inobservância da obrigação acessória implicou falta de recolhimento do imposto.

Dessa forma, a infração em comento subsiste, pois o autuado deixou de cumprir as condições previstas pela legislação tributária estadual para provar a efetividade da devolução que ensejaria a utilização do crédito fiscal.

Em relação à Infração 2, o contribuinte foi acusado de ter deixado de recolher ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Foram dados como infringidos os artigos 50, 124, I, 322, 323 e 936, todos do RICMS-BA. Para essa acusação, foi indicada a multa prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Como prova da irregularidade, foram elaborados os demonstrativos de fls. 8 e 11, bem como foram acostadas aos autos as correspondentes notas fiscais.

Em sua defesa, o autuado solicita que seja efetuada nova verificação das operações não escrituradas, as quais são referentes a transferências e a retorno de materiais.

Da análise das peças processuais, observo que há uma irregularidade de aspecto formal nesse item do lançamento, conforme passo a demonstrar.

De acordo com a descrição dos fatos, com os dispositivos dados como infringido e com o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração, constata-se que a autuante lançou ICMS, com base na presunção legal de que o autuado, ao deixar de registrar as operações de entradas, tinha efetuado o pagamento dessas operações com recursos anteriormente auferidos e também não contabilizados.

Ao se examinar os demonstrativos que embasam esse item do lançamento, constata-se que a autuante apurou o montante da multa prevista por inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, correspondente a dez por cento do valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação, que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Dessa forma, há uma divergência entre o fato descrito no Auto de Infração e o apurado nos correspondentes demonstrativos. Essa divergência traz insegurança na determinação da infração e

cerceia o direito de defesa, ensejando, assim, a nulidade desse item do lançamento, a teor do disposto no art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99.

Em face ao acima exposto, a Infração 2 é nula nos termos do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99.

Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que providencie o refazimento da ação fiscal quanto à infração 2, a salvo de falhas.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **057039.0015/10-8**, lavrado contra **BR LABELS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$83.710,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR