

PROCESSO - A. I. N° 269141.0032/10-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RECONFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3º JJF nº 0240-03/11
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 29/11/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0348-12/12

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Demonstrado não se tratar de “aquisição” de material de uso ou consumo, e sim de devolução de bens que saíram com tributação, de modo que o crédito utilizado na devolução apenas anula o imposto debitado na remessa anterior. Lançamento indevido. **b)** CRÉDITO ESCRITURADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Demonstrado que o crédito escriturado corresponde ao que consta no documento fiscal. De acordo com a informação da autoridade fiscal, em diligência, a motivação do lançamento seria outra, sendo aduzidas considerações atinentes à base de cálculo do imposto nas importações. No julgamento não pode haver mudança do fulcro da autuação. Lançamento nulo, por falta de certeza e liquidez. **c)** TROCA DE MERCADORIA EM GARANTIA E RETORNO DE MERCADORIA NÃO ENTREGUE AO DESTINATÁRIO, SEM QUE A MERCADORIA ENTRASSE NO ESTABELECIMENTO. Na troca de mercadoria envolvendo o consumidor ou usuário final não se pode exigir que este emita Nota Fiscal própria, pois os consumidores não têm Notas Fiscais para emitir, devendo o próprio vendedor emitir Nota Fiscal de entrada da mercadoria devolvida. Foram anexadas aos autos as cópias das Notas Fiscais de saídas para trocas, “casadas” com as Notas Fiscais de entradas correspondentes. Quanto aos retornos de mercadorias que não foram entregues ao destinatário, não consta que as importâncias correspondentes tivessem sido recebidas, e os “canhotos” das Notas Fiscais não estão assinados, circunstâncias que levam à conclusão de que de fato as mercadorias não foram entregues e retornaram ao estabelecimento da empresa, sendo natural que o imposto debitado nos documentos seja anulado. Além disso, muitos clientes são microempresas, e tendo em vista que os talões de Notas Fiscais de microempresa não têm campo para o destaque do imposto, além do fato de microempresas varejistas utilizarem ECF, é evidente que para creditar-se do imposto das mercadorias devolvidas o contribuinte teria de emitir Nota Fiscal de entrada, e

assim foi feito – erro haveria é se o contribuinte tivesse se utilizado de crédito com base nas Notas Fiscais emitidas por microempresas sem que nos documentos fiscais houvesse campo próprio para o destaque do imposto. Lançamento indevido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0240-03/11, ter desonerado parcialmente o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 24/9/10 no valor de R\$127.463,54, refere-se à exigência de ICMS, em decorrência do cometimento de quatro infrações à legislação tributária do estado. No entanto, somente faz parte do presente Recurso de Ofício as infrações 1, 2 e 4 como seguem:

INFRAÇÃO 1 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, sendo glosado crédito no valor de R\$ 9.581,95, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS escriturado em valor superior ao destacado no documento fiscal, sendo glosado crédito no valor de R\$ 450,00, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento, envolvendo duas situações, troca de mercadorias em garantia e retorno de mercadoria não entregue ao destinatário, sendo glosado crédito no valor de R\$ 116.610,73, com multa de 150%.

Na sua impugnação (fls. 322/341), em relação às infrações motivadoras do Recurso de Ofício, a empresa explica, em relação às infrações 1 e 2, que adquiriu telhas de alumínio, à época da construção do seu parque fabril, sem crédito de imposto por ser material para uso e consumo, sendo que, posteriormente, as remeteu ao fabricante para que fossem feitas adequações, e, no retorno, o fabricante emitiu Nota Fiscal devolvendo a mercadoria, com destaque do imposto no documento fiscal, tendo a empresa se creditado do imposto pelo fato de ter se debitado no momento da saída. Afirma que não deveria ter destacado o imposto na remessa do material, bastando fazer a observação de que a remessa era para reparos. Porém se destacou o ICMS por ocasião da remessa, tem direito de se creditar em razão da regra da não-cumulatividade, não havendo qualquer prejuízo para o Erário.

No tocante a infração 4, informa que os produtos da empresa têm prazos de garantia que variam entre um, três e cinco anos, e durante esse período qualquer defeito apresentado é informado pelo consumidor à revenda, a qual, por sua vez, contata o seu representante para proceder à avaliação do produto e, se necessário, a troca da mercadoria, emitindo-se Nota Fiscal tendo como natureza de operação “Troca de mercadoria em garantia”, com débito do imposto. No momento da troca o produto novo é entregue ao consumidor e recolhe-se o defeituoso, sendo que, na maioria das situações, o cliente não emite Nota Fiscal do produto defeituoso. Nestes casos, é emitida Nota Fiscal de entrada para compensar com o imposto que foi debitado na remessa da mercadoria para troca. Alega que a empresa não tem como obrigar o cliente a emitir Notas Fiscais. Entende inexistir prejuízo ao erário.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 1198-1199) dizendo que, no tocante à infração 1, não teve como apreciar o que foi alegado pelo contribuinte porque a nota fiscal de saída não foi anexada à defesa.

Quanto à infração 2, ressalta que ela não guarda nenhuma relação com a infração 1. Observa que o contribuinte se creditou de R\$ 19.941,19 em vez de R\$ 19.491,19, o que parece ter se tratado de um simples erro de digitação no livro de entradas, levando o contribuinte a apropriar-se de um crédito indevidamente maior.

Com relação à infração 4, rebate o argumento da empresa observando que quando do retorno mercadoria por não ter sido entregue ao destinatário, a pessoa indicada como destinatária ou o transportador deveria ter feito a observação na 1ª via da Nota Fiscal originária acerca do motivo da não entrega, inclusive para permitir a utilização do crédito fiscal e, sendo o retorno oriundo de contribuinte inscrito deve este emitir documento fiscal.

Foi determinada a remessa dos autos em diligência à repartição de origem (fls. 1203/1206) a fim de que o fiscal autuante prestasse esclarecimentos e adotasse determinadas providências, como foram indicadas.

Em atendimento à diligência o fiscal prestou informação (fl. 1210) dizendo que em face da solicitação para que fosse informado qual o real teor da acusação da infração 1, haja vista a contradição entre a descrição do fato no Auto e o papel de trabalho correspondente, foi explicada que a autuação é referente à utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de material para uso e consumo. Considera que o contribuinte não provou ter enviado as telhas de alumínio para o fabricante, pois a descrição detalhada dos produtos da Nota Fiscal nº 54925 não confere com a descrição dos produtos constantes na Nota Fiscal nº 63551.

Quanto à infração 2, diz que o contribuinte apresentou a Nota Fiscal nº 67166 e a folha 96 do livro Registro de Entradas correspondente. Observa que a base de cálculo nas importações é composta do valor da mercadoria, mais o imposto de importação, mais o IPI, mais o IOF, mais as despesas aduaneiras e multas, que neste caso totalizam R\$95.162,96, valor que à alíquota de 17% representa um ICMS de R\$ 16.177,68, não tendo o contribuinte provado que teria direito ao crédito de R\$19.941,19.

No tocante à infração 4, diz que não identificou na documentação apresentada pelo contribuinte provas de que as operações foram desfeitas e que as importâncias correspondentes não foram recebidas. Quanto aos canhotos das Notas Fiscais de vendas que retornaram com as mercadorias enviadas, eles não estão assinados.

Dada ciência da informação fiscal ao contribuinte, este se manifestou (fls. 1245/1249) rebatendo todos os argumentos apresentados pelo autuante, fazendo diversos esclarecimentos a respeito das questões envolvidas nesta lide.

A JJF proleta a seguinte Decisão em relação às infrações 1, 2 e 4:

Este Auto de Infração é composto de quatro lançamentos.

No 1º lançamento, a acusação, no corpo do Auto, é de que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo.

Já de acordo com o cabeçalho do demonstrativo fiscal, à fl. 9, consta que se trataria de aquisições de mercadorias isentas.

Foi solicitado em diligência que o fiscal informasse qual o real teor da imputação, sendo então explicado que se trata de utilização indevida de crédito fiscal relativo a material para uso e consumo.

Está provado que a empresa remeteu telhas de alumínio ao seu fornecedor para adaptações visando à sua aplicação na construção do seu parque fabril. As diferenças entre as especificações dos bens remetidos e dos retornados justificam-se, pois, como alega a defesa, os bens descritos na Nota Fiscal de retorno não poderiam ser idênticos aos da Nota Fiscal de remessa porque as telhas foram enviadas justamente para readequação às necessidades e solicitações da empresa, de modo que, em virtude de tal readequação, elas jamais teriam as mesmas especificações das mercadorias originais. O documento de remessa é a Nota Fiscal 63551 da Reconflex (fl. 1213). No corpo do documento consta a observação de que se trata de mercadoria enviada para reposição. O documento de retorno é a Nota Fiscal 54925 da Votorantim (fl. 1212). Embora o emitente da Nota de retorno não tenha feito referência expressa ao documento de remessa, o CFOP indicado, 5.949, diz respeito a outra

saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, e no campo “Fatura” constam asteriscos indicando que a remessa não foi faturada. O imposto destacado na Nota de remessa é de R\$ 24.803,92, e o tributo destacado na Nota de retorno é de R\$ 9.581,94. Isso indica que certamente o retorno foi parcial. O autuado é uma fábrica de colchões. Não comercializa telhas de alumínio. Embora não tenham sido cumpridas estritamente as obrigações acessórias atinentes à devolução, tendo inclusive a empresa pago imposto indevidamente numa remessa em que havia suspensão do imposto, está patente que o crédito utilizado simplesmente anulou um débito indevido, e ainda assim o débito foi superior ao crédito, não havendo prejuízo algum aos cofres públicos, pois, pelo contrário, conforme assinalado, o débito foi superior ao imposto creditado.

Eventuais problemas de forma não afetam o essencial. O contribuinte se debitou na saída da mercadoria, sendo natural o direito de creditar-se no retorno dos bens. Não se trata neste caso de crédito relativo a material para uso e consumo. O crédito seria indevido é se ao adquirir os bens a empresa tivesse feito uso do crédito relativamente ao imposto pago pelo fornecedor.

Em suma, o lançamento do item 1º é indevido.

O 2º lançamento cuida de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS escriturado em valor superior ao destacado no documento fiscal. A questão diz respeito à Nota Fiscal 67166 (fl. 1215).

O fiscal juntou à fl. 11 um demonstrativo inservível. Primeiro, porque não está assinado, em desrespeito ao mandamento do art. 15, § 2º, do RPaf. O CNPJ do emitente é “0000000000”. Consta que a base de cálculo seria R\$ 114.654,04, e a alíquota seria 0,17 (!), com imposto no valor de R\$ R\$ 19.491,19, tendo o contribuinte se creditado de R\$ 19.941,19, havendo então um crédito a mais no valor de R\$ 450,00. Ocorre que a Nota Fiscal 67166 (fl. 1215) não é no valor de R\$ 114.654,04, o valor é R\$ 95.162,99.

Ao prestar a informação, o fiscal considerou que parecia ter havido um erro de digitação no livro de entradas, levando o contribuinte a apropriar-se de um crédito indevidamente maior.

Porém, baixado o processo em diligência, o fiscal trouxe aos autos elementos que mudam por completo a motivação inicial do lançamento, pontuando aspectos atinentes à base de cálculo do imposto nas importações, e o contribuinte, ao manifestar-se, contrapôs que os cálculos do autuante estariam equivocados.

Deixo de emitir juízo de valor acerca da discussão travada em torno da base de cálculo do ICMS na importação, pois isso muda o rumo da autuação.

É nulo o lançamento do item 2º por falta de certeza e liquidez. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento em relação a este item. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

[...]

No item 4º o contribuinte é acusado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento, envolvendo duas situações: troca de mercadorias em garantia e retorno de mercadoria não entregue ao destinatário.

O autuado defendeu-se explicando que seus produtos têm prazos de garantia que variam entre um, três e cinco anos, e durante esse período, havendo defeito, é feita a troca da mercadoria, emitindo-se Nota Fiscal tendo como natureza de operação “Trocada de mercadoria em garantia”, com débito do imposto, e recolhe-se a mercadoria defeituosa.

Na troca de mercadoria envolvendo o consumidor ou usuário final não se pode exigir que este emita Nota Fiscal própria, pois os consumidores não têm Notas Fiscais para emitir. É claro que o próprio vendedor é que deve emitir Nota Fiscal de entrada da mercadoria devolvida. No caso das devoluções em virtude de garantia, foram anexadas aos autos as cópias das Notas Fiscais de saídas para trocas, “casadas” com as Notas Fiscais de entradas correspondentes.

Quanto às devoluções ou retornos, cumpre assinalar a distinção entre esses dois conceitos. Convencionou-se designar de retorno a situação em que a mercadoria não chega a ser entregue ao destinatário, por alguma razão, caso em que a mercadoria volta ao estabelecimento de origem com a mesma Nota que serviu para acobertar a ida, ao passo que o termo devolução designa o caso em que a mercadoria é recebida pelo destinatário, e somente depois de ser recebida é que ele decide mandá-la de volta ao fornecedor.

Foi determinada diligência, tendo em vista as alegações do contribuinte, e considerando-se que de acordo com os documentos às fls. 342 e seguintes existem muitos clientes cuja denominação é acrescida das letras “ME”, denotando tratar-se de microempresa, considerando-se que os talões de Notas Fiscais de microempresa não têm campo para o destaque do imposto, além do fato de microempresas varejistas utilizarem ECF, sendo solicitado que, mediante inspeção “in loco”, fosse intimado o contribuinte para apresentar elementos fiscais e contábeis

que provassem que as operações foram desfeitas, e em especial que as importâncias correspondente a tais operações não foram recebidas. Com relação aos retornos de mercadorias efetuados com a mesma Nota Fiscal de venda, deveria ser verificado também se os “canhotos” estavam assinados.

Não consta ter sido feita inspeção “in loco”, como foi solicitado por esta Junta. A intimação à fl. 1236 é simplória. Embora o fiscal afirme que não identificou na documentação apresentada pelo contribuinte provas de que as operações foram desfeitas e que as importâncias correspondentes não foram recebidas, também não consta que ele tivesse identificado na documentação apresentada que as operações não foram desfeitas ou que as importâncias correspondentes tivessem sido recebidas. Quanto aos “canhotos” das Notas Fiscais de vendas que retornaram com as mercadorias enviadas, o fiscal informa que eles não estão assinados, circunstância que leva à conclusão de que de fato as mercadorias não foram entregues.

Ora, se as mercadorias não foram entregues e retornaram ao estabelecimento da empresa, é natural que o imposto debitado nos documentos seja anulado.

Por outro lado, considerando-se que de acordo com os documentos às fls. 342 e seguintes existem muitos clientes cuja denominação é acrescida das letras “ME”, denotando tratar-se de microempresa, e tendo em vista que os talões de Notas Fiscais de microempresa não têm campo para o destaque do imposto, além do fato de microempresas varejistas utilizarem ECF, é evidente que para creditar-se do imposto das mercadorias devolvidas o contribuinte teria de emitir Nota Fiscal de entrada, e assim foi feito. Erro haveria é se o contribuinte tivesse se utilizado de crédito com base nas Notas Fiscais emitidas por microempresas sem que nos documentos fiscais houvesse campo próprio para o destaque do imposto.

Por esses elementos, concluo que o lançamento do item 4º é indevido.

A JJF recorreu da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

VOTO

O Recurso de Ofício ora em pauta trata de três irregularidades ditas cometidas pela empresa autuada. Ao analisar as peças processuais e a Decisão prolatada pela JJF, entendo que ela não merece qualquer reparo, como a seguir se aborda sucintamente já que o n. relator esclareceu de maneira minuciosa todos os pontos necessários para que fosse tomada a correta Decisão a respeito da lide.

A infração 1, diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo. Provado nos autos que a empresa remeteu telhas de alumínio ao seu fornecedor para adaptações visando à sua aplicação na construção do seu parque fabril. Em assim sendo, e já de começo, tais telhas não são consideradas material de uso e consumo e sim aquisições de material de construção, que nos conduz a vedação do crédito fiscal por ação física, pois a empresa fabrica colchões.

Além do mais, restou também provado que as diferenças entre as especificações dos bens remetidos e dos retornados se justificaram, pois as telhas de alumínio foram encaminhadas ao fornecedor para que fossem readequadas às necessidades e solicitações da empresa. Assim, jamais poderiam ser iguais. E, como bem pontuou a JJF, o “*documento de remessa é a Nota Fiscal 63551 da Reconflex (fl. 1213). No corpo do documento consta a observação de que se trata de mercadoria enviada para reposição. O documento de retorno é a Nota Fiscal 54925 da Votorantim (fl. 1212).* Embora o emitente da Nota de retorno não tenha feito referência expressa ao documento de remessa, o CFOP indicado, 5.949, diz respeito a outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, e no campo “Fatura” constam asteriscos indicando que a remessa não foi faturada. O imposto destacado na Nota de remessa é de R\$ 24.803,92, e o tributo destacado na Nota de retorno é de R\$ 9.581,94. Isso indica que certamente o retorno foi parcial”.

E, ainda resta o fato de que a empresa pagou imposto indevidamente em uma remessa em que havia suspensão do imposto. Sendo assim, o crédito utilizado simplesmente anulou um débito

indevido, e ainda assim este último foi superior ao crédito, não havendo prejuízo algum aos cofres públicos.

Deste modo, embora não cumpridas as obrigações acessórias em relação à devolução, me alinho com a Decisão de 1º Grau e entendo que a exigência fiscal é indevida.

Na infração 2 é exigido ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal escriturado em valor superior ao destacado no documento fiscal, sendo glosado crédito no valor de R\$ 450,00. A questão diz respeito à Nota Fiscal 67166 (fl. 1215).

Em primeiro, como bem pontuado pela JJF, a base de cálculo da Nota Fiscal nº 67166 (fl. 1215) não é de R\$ 114.654,04 e sim de R\$ 95.162,99.

Em segundo, quando da sua informação, o autuante mantém o lançamento como exigido, ou seja, imposto creditado a mais. Porém ao prestar esclarecimentos ao ser solicitado pela JJF mudou totalmente o rumo da autuação, falando sobre base de cálculo do imposto nas importações, ou seja, indicando ter sido outro o fulcro da autuação.

Em assim sendo, mantida a nulidade decretada pela JJF e a solicitação que a repartição fiscal verifique se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento em relação a esta infração, fazendo-se a ressalva de que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, verificar qualquer irregularidade poderá saná-la mediante denúncia espontânea.

Na infração 04, o autuado é acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento, envolvendo duas situações, troca de mercadorias em garantia e retorno de mercadoria não entregue ao destinatário.

Diante dos argumentos apresentados pela defesa, a JJF encaminhou os autos em diligência (fls. 1203/1206) para que o autuante tomasse a seguinte providência:

“...quanto ao item 4º, tendo em vista as alegações do contribuinte, e considerando-se que de acordo com os documentos às fls. 342 e seguintes existem muitos clientes cuja denominação é acrescida das letras “ME”, denotando tratar-se de microempresa, e que os talões de Notas Fiscais de microempresa não têm campo para o destaque do imposto, além do fato de microempresas varejistas utilizarem ECF, foi solicitado que, mediante inspeção “in loco”, fosse intimado o contribuinte para apresentar elementos fiscais e contábeis que provassem que as operações foram desfeitas, e em especial que as importâncias correspondentes a tais operações não foram recebidas. Com relação aos retornos de mercadorias efetuados com a mesma Nota Fiscal de venda, deveria ser verificado também se os “canhotos” estavam assinados”.

O autuante (fl. 1235) intimou a empresa para apresentar “elementos fiscais e contábeis que provem que as operações foram desfeitas e que as importâncias correspondentes a estas operações não foram recebidas”. A diligência não foi realizada *in loco* e como conclusão ele afirmou que não identificou na documentação apresentada pelo contribuinte provas de que as operações foram desfeitas e que as importâncias correspondentes não foram recebidas. Quanto aos canhotos das Notas Fiscais de vendas que retornaram com as mercadorias enviadas, eles não estão assinados.

A JJF foi bastante clara e precisa em assinalar que a troca em garantia das mercadorias com o consumidor final somente pode ser realizada através da emissão de nota fiscal de entrada do autuado, já que o consumidor final não possui documento fiscal. Em assim sendo, foram anexadas aos autos as cópias das Notas Fiscais de saídas para trocas, “casadas” com as Notas Fiscais de entradas correspondentes.

Quanto às devoluções ou retornos, a JJF fez perfeita distinção entre as duas situações. E, diante da falta de prova da acusação apresentada pelo autuante, mesmo instando pela JJF a fazê-lo, diante dos documentos apresentados, onde existem muitos clientes que são microempresas, as devoluções somente poderiam ser feitas através de notas fiscais de entradas. E juntando tais fatos com a afirmativa do autuante de que havia analisado os canhotos das notas fiscais e que os mesmos não se encontravam assinados, o que demonstrava o não recebimento das mercadorias,

somente posso me alinhar á Decisão recorrida. Em assim sendo, mantendo em sua totalidade a Decisão de 1º Grau em relação a esta infração.

Voto pelo NÂO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÂO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269141.0032/10-0, lavrado contra **RECONFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$820,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS