

PROCESSO - A. I. Nº 269133.0602/13-9
RECORRENTE - MAXBOM SUPERMERCADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0311-01/13
ORIGEM - INFAZ TEXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 05/08/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0183-11/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS POR CONSUMIDOR FINAL. O contribuinte não procedeu na forma regulamentar quanto ao registro das operações e não carrou aos autos provas da materialidade das devoluções. Infração caracterizada. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA. CONTRIBUINTE REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa pela falta de atendimento a Intimação Fiscal, dos arquivos magnéticos, ou em decorrência de sua apresentação com informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes, ou com omissão de dados. Infração subsistente. 3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. No levantamento levado a efeito pelo autuante foi arrolada, exclusivamente, a mercadoria *pizzas recheadas*, cujas operações de saídas, de fato, são tributadas normalmente. Infração subsistente. Rejeitada a nulidade arguida. Indeferido o pedido de realização de diligência, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/06/2013 em razão de seis irregularidades, sendo alvo do Recurso interposto apenas as imputações 1, 5 e 6, ao tempo em que o contribuinte reitera reconhecer o débito parcial relativamente à imputação 2, no exato valor em que também reconheceu como devido pelo autuante, após a revisão do lançamento em fase processual instrutória.

INFRAÇÃO 1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida respectiva comprovação, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.502,79, acrescido da multa de 60%. Consta, na descrição da imputação, que faltou declaração do consumidor final não contribuinte do ICMS, conforme § 2º do art. 653 do RICMS aprovado pelo Dec. 6.284/97, para que houvesse prova inequívoca das devoluções;

INFRAÇÃO 2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas para fins de comercialização, nos meses de agosto e dezembro de 2009, janeiro, fevereiro, agosto a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$20.883,77, acrescido da multa de 60%. Consta, na descrição da imputação, que no Demonstrativo fiscal (anexo 02) estão citadas as notas

fiscais cujo pagamento de imposto não foi antecipado e cópias de planilhas elaboradas pelo próprio contribuinte, onde identificadas as notas fiscais com o cálculo do ICMS recolhido antecipadamente;

INFRAÇÃO 5. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, nos meses de janeiro a abril, junho, julho, setembro a novembro de 2008 e janeiro de 2009, sendo imposta multa no valor de R\$21.057,33. Às fls. 12 a 18 Termo de Intimação Fiscal acompanhado de Listagem Diagnóstico, concedendo o prazo de trinta dias, ao contribuinte, para regularização dos arquivos magnéticos enviados.

INFRAÇÃO 6. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro a junho, setembro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.175,81, acrescido da multa de 60%. Consta que o levantamento foi realizado *conforme Saídas de ECF (arquivo 60R), constantes no demonstrativo (anexo 06)*.

O Fisco acosta documentos às fls. 10 a 405.

O autuado impugnou as imputações 1, 2, 5 e 6 do lançamento de ofício às fls. 410 a 419. Juntou documentos às fls. 420 a 425.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 429 a 432 acolhendo parte dos argumentos impugnatórios, concordando com a defesa parcial do contribuinte relativamente à imputação 02 no sentido de que, quanto ao valor exigido referente à Nota Fiscal nº 286 (fl. 420), já houvera sido recolhido o valor do ICMS de R\$393,60, relativo a antecipação parcial, conforme demonstrativos e DAE anexados às fls. 421 a 423, restando ICMS antecipação parcial a recolher em dezembro de 2009 no montante de R\$1.503,85, pelo que foi reduzido o valor do ICMS referente à data de ocorrência de 31/12/2009 de R\$1.897,45 para R\$1.503,85, e mantendo a autuação quanto ao demais.

O julgamento unânime em primeira instância manteve parcialmente o Auto de Infração em razão da redução de débito realizada pelo autuante, conforme Acórdão nº 0311-01/13, às fls. 443 a 452. Em seu voto, quanto às imputações objeto do Recurso assim se expressa o digno Relator:

VOTO

(...)

No que concerne à infração 01, verifico que o autuado alega que a glosa de crédito fiscal feita pelo autuante decorreu pelo simples motivo de que as mercadorias devolvidas não foram acompanhadas de assinatura do comprador na nota fiscal de devolução.

Sustenta que a autuação não procede, pois só quem não conhece a realidade do funcionamento de empresas que operam no ramo de supermercados, poderia exigir o cumprimento das normas contidas no art. 653, e seus parágrafos, do RICMS/BA.

Afirma que a mercadoria, nesses casos, sequer é devolvida, haja vista que simplesmente retorna de imediato ao estoque da empresa porquanto o consumidor desiste da aquisição, por qualquer motivo, no ato da compra. Diz que tem o direito de se creditar do imposto decorrente desta saída, uma vez que já havia sido registrada sob pena de ter que pagar ICMS em duplicidade pela mesma mercadoria, quando esta, no futuro, tiver que sair em outra compra efetiva.

Assevera que desse modo, a mercadoria sequer sai do estabelecimento, existindo um cancelamento da própria compra depois que a sua saída já havia sido registrada na máquina.

Aduz que o autuante, inexplicavelmente, não aceitou as suas ponderações e decidiu pela glosa dos créditos fiscais.

Salienta que a principal questão a ser esclarecida envolve o retorno de mercadorias não entregues ao destinatário e, ao mesmo tempo, o direito à apropriação do crédito fiscal por ocasião da entrada de mercadoria em retorno ao estabelecimento originário.

Frisa que em ciência contábil é cediço o entendimento de que devolução e retorno são coisas distintas.

Acrescenta que na opinião dos especialistas em matéria contábil, contudo, é simples a distinção.

Alega que a aposição de assinatura já foi relativizada pelo próprio RICMS ao prescrever no §3º - A do art. 653 que tratando-se de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá, mediante autorização do inspetor fazendário, emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante a semana.

Observa que se a própria legislação tributária atenua a situação, em tais casos, é porque reconhece a impossibilidade de o contribuinte poder cumprir com todo o rigor legal, para que possa se utilizar de o direito ao crédito fiscal.

Verifico também que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que, nos termos do artigo 653 do RICMS/97, o estabelecimento para ter direito ao crédito fiscal das mercadorias devolvidas, deverá provar de forma inequívoca a devolução, portanto, obrigatoriamente, deverá adotar os procedimentos constantes nos incisos I e II do § 2º deste mesmo artigo. Diz que, no caso, não foram obtidas a declaração na nota fiscal de entrada ou em documento apartado das pessoas que efetuaram a devolução.

Salienta que, no caso de devoluções ocorridas no próprio estabelecimento, poderá o contribuinte, mediante autorização do Inspetor Fazendário, emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções da semana, entretanto, deverão ser observados os procedimentos do §2º, ou seja, mesmo que o contribuinte possuísse esta autorização e que no caso em tela não possuía, não estaria dispensado de obter das pessoas que efetuaram as devoluções as declarações com os motivos da devolução.

Passo a analisar.

Observo que para fundamentar o lançamento o autuante acostou aos autos demonstrativo, Anexo 01, as 3ª vias dos documentos fiscais referentes ao mês de janeiro de 2008, destinadas ao Fisco, a título de exemplificação, bem como cópias de páginas do livro Registro de Apuração do ICMS referente aos exercícios de 2008, 2009 e 2010.

De início, observo que existe expresse disciplinamento no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.784/97 - RICMS/BA/97 - sobre a devolução de mercadoria efetuada por pessoa não obrigada a emissão de nota fiscal, consoante o art. 653, do referido RICMS/BA/97, cuja redação vigente à época dos fatos era a seguinte:

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.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por:

I - garantia, a obrigação assumida pelo remetente ou fabricante de substituir ou consertar a mercadoria se esta apresentar defeito;

II - troca, a substituição de mercadoria por uma ou mais da mesma espécie ou de espécie diversa, desde que de valor não inferior ao da substituída.

§ 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;

III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso I no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", quando for o caso.

§ 3º A Nota Fiscal (entrada) emitida na forma do parágrafo anterior servirá para acompanhar a mercadoria em seu transporte até o estabelecimento de origem.

§ 3º-A. Tratando-se de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá, mediante autorização do inspetor fazendário, emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante a semana, observados os procedimentos previstos no § 2º.

§ 4º O estabelecimento que, por autorização do fabricante, efetuar a reposição de peças ou receber mercadorias defeituosas para substituição, em virtude de garantia contratual, observará o disposto nos 516 A 520.

Conforme determinado no caput do artigo 653 do RICMS/BA há previsão de utilização de crédito fiscal de ICMS por parte do contribuinte, nos casos de devolução de mercadoria realizada por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas não obrigadas à emissão de nota fiscal.

Em verdade, não se trata de qualquer beneplácito do legislador, mas sim total respeito ao direito do contribuinte, haja vista que ao vender a mercadoria este se debita do imposto, o qual será objeto de apuração e, por consequência, implicará em dedução do crédito fiscal porventura existente na sua escrita fiscal ou recolhimento do saldo devedor apurado. Portanto, plenamente admissível o creditamento fiscal feito em tais situações.

Entretanto, estabeleceu o legislador a indispensabilidade de prova inequívoca da devolução para que o crédito fiscal apropriado seja legitimado.

Também nesse caso não laborou em excesso o legislador, pois, apenas exigiu para legitimação do crédito fiscal que houvesse a comprovação do desfazimento do negócio ou troca da mercadoria, por parte do contribuinte. Afinal, não se pode perder de vista que apesar de se tratar de uma obrigação tributária acessória, a comprovação da devolução deve ser feita da forma como estabelecida na legislação do ICMS - de forma inequívoca - haja vista que o creditamento levado a efeito pelo contribuinte interfere diretamente na apuração do imposto, ou seja, no cumprimento da obrigação principal.

Assim sendo, cabe ao sujeito passivo recebedor da devolução comprovar a sua ocorrência mediante o cumprimento das obrigações previstas no §2º transcrito acima.

No presente caso, conforme se verifica nos autos, o autuado emitiu a nota fiscal de entrada referida no inciso I do §2º do artigo 653, contudo, o exame desses documentos fiscais permite constatar a que eles não atendem às determinações contidas no inciso II do referido dispositivo regulamentar, pela ausência de um elemento primacial para comprovação da devolução e, consequentemente, do creditamento, que é a 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.

Entendo que a declaração se apresenta como elemento primacial para comprovação da devolução, haja vista que, além de confirmar a efetividade da devolução, o declarante também poderá sofrer as sanções legais se, porventura, prestar uma declaração inverídica.

A exigência da 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, encontra-se prevista no RICMS/BA/97, não procedendo a alegação defensiva de que a exigência de aposição de assinatura já foi relativizada pelo próprio RICMS ao prescrever no §3º - A do art. 653 que: Tratando-se de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá, mediante autorização do inspetor fazendário, emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante a semana”.

Na verdade, o enunciado do referido §3º-A permite inferir que pretendeu o legislador alcançar justamente aqueles contribuintes que, pela característica de sua atividade, teria muitas dificuldades em emitir uma nota fiscal de entrada para cada desfazimento do negócio, a exemplo de supermercados, e não relativizar a exigência da declaração assinada, conforme aduzido pelo impugnante.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

Quanto à infração 02, observo que não há o que se discutir, haja vista que o autuado reconheceu as irregularidades apontadas nesta infração, à exceção da data de ocorrência de 31/12/2009, em razão de ter efetuado o recolhimento do valor do imposto devido de R\$393,60 antes do início da ação fiscal. Relevante registrar que o próprio autuante, na informação fiscal, acatou corretamente a argumentação defensiva, consignando que o valor do ICMS referente à data de ocorrência de 31/12/2009 passa de R\$1.897,45 para R\$1.503,85.

Desse modo, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$20.490,17.

(...)

Relativamente à infração 05, inicialmente, não acolho a nulidade arguida, haja vista que inexistente o vício insanável aduzido pelo impugnante, assim como a inoccorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº.7.629/99, capaz de inquirir de nulidade o ato de lançamento. Também indefiro o pedido de diligência por fiscal estranho ao feito, pois considero desnecessária a sua realização, haja vista que os elementos constantes nos autos atinentes a este item da autuação permite a formação do convencimento por parte deste relator sobre a Decisão da lide. Portanto, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência.

No mérito, observo que nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação. A entrega

deverá ser feita à repartição fazendária, até as datas estipuladas nos incisos do referido artigo, sendo que a entrega é feita via internet. Os prazos para entrega são fixados até os dias 15, 20, 25 e 30 do mês subsequente ao mês considerado, a depender do algarismo final da inscrição cadastral do estabelecimento.

O § 4º do citado art. 708-A, determina que:

“§4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.”

Vale registrar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA.

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B do mesmo RICMS/97, devendo ser-lhe concedido o prazo de 5 dias úteis da data do recebimento da intimação para atendimento.

Além da entrega prevista no caput do art. 708-B, o contribuinte também pode ser intimado a corrigir arquivo magnético que porventura tenha apresentado com inconsistência, situação na qual deve o Fisco conceder o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, inclusive fornecendo Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, consoante determina o § 5º do mesmo art. 708-B.

O que se verifica, no caso em exame, é que a Fiscalização intimou o contribuinte para correção dos arquivos magnéticos, conforme intimação de fl. 12 dos autos, concedendo-lhe o prazo de 30 dias, entregando inclusive Listagem Diagnóstico com as divergências nas saídas ocorridas no exercício de 2008 e janeiro de 2009, entre os arquivos magnéticos e o livro Registro de Apuração do ICMS.

Ocorreu que, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante de fls. 398 a 402, ainda remanesceram divergências nas saídas entre os arquivos magnéticos e o livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro a abril, junho, julho, setembro a novembro de 2008 e janeiro de 2009, o que implicou, acertadamente, na imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme este item da autuação.

Entretanto, cabe-me, de ofício, retificar a Data de Ocorrência e Data de Vencimento apontadas no Auto de Infração, haja vista que foram indicadas incorretamente.

Isto porque, no caso de intimação para que o contribuinte corrija os arquivos magnéticos entregues com inconsistências, não importa o exercício a que se refiram os arquivos, o que importa é a natureza da infração, de modo que esta se considera ocorrida no dia em que vence o prazo para a entrega dos arquivos previsto na intimação.

Conforme já aduzido acima, o § 5º do art. 708-B do RICMS/BA estabelece o prazo de 30 dias contado da ciência da intimação para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência;

Ora, se o Regulamento concede prazo para que o contribuinte corrija erros do arquivo, isto significa que somente depois de decorrido tal prazo é que, não sendo atendida a intimação, fica o contribuinte sujeito às sanções legais, em virtude da falta de entrega do arquivo devidamente corrigido.

No caso em exame, a infração de que cuida este item da autuação não ocorreu nas datas indicadas no Auto de Infração, mas sim na data em que venceu o prazo estabelecido pela Fiscalização na intimação para que o contribuinte entregasse os arquivos devidamente corrigidos e este não atendeu a intimação a contento.

Conforme consta na intimação de fl. 12 dos autos, o contribuinte foi intimado em 12/04/2013 para apresentar os arquivos magnéticos, em virtude de inconsistências, sendo-lhe concedido o prazo de 30 dias, cujo vencimento ocorreu em 14/05/2013, sendo este, portanto, o dia do cometimento da infração.

Assim, ao deixar de cumprir uma obrigação de fazer, no caso, de entregar os arquivos magnéticos, quando intimado, o contribuinte incorreu em infração, cuja data de ocorrência se deu no dia em que venceu o prazo para que apresentasse os arquivos solicitados, ou seja, 14/05/2013.

Assim sendo, retifico de ofício, a Data de Ocorrência e Data de Vencimento desta infração para 14/05/2013.

Diante do exposto, este item da autuação é subsistente.

No que concerne à infração 06, verifico que o levantamento realizado pelo autuante abrange exclusivamente pizzas recheadas, conforme consta no demonstrativo de fls. 404/405.

Em razão disso, descabe falar-se em produtos derivados de farinha de trigo, no caso, pães, bolachas, biscoitos,

pizzas, etc., produzidos pela padaria que funciona no próprio estabelecimento, conforme aduzido pelo impugnante.

Efetivamente, o art. 353, II, 11.4.1 e 11.4.2, do RICMS/BA/97, estabelece que as mercadorias que estão sujeitas ao regime de substituição tributária são preparações à base de farinha de trigo: macarrão, talharim, espagete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo (NCM 1902.1) e pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares (NCM 1905) e torradas em fatias ou raladas (NCM 1905.40). Ou seja, dentre as mercadorias arroladas no referido dispositivo regulamentar, de fato, não se enquadra pizzas recheadas, significando dizer que as operações de saídas realizadas pelo estabelecimento varejista autuado da referida mercadoria ocorre tributada normalmente, por não estar enquadrada no regime de substituição tributária.

Dessa forma, esta infração é subsistente.

Diante do exposto, as infrações 01, 03, 04, 05 e 06 são integralmente subsistentes e a infração 02, parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Às fls. 464 a 474 estão acostados documentos relativos ao parcelamento de parte do debito relativo à imputação 2 e ao débito integral objeto das imputações 3 e 4.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 476 a 488, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária.

Em apertada síntese, o Recorrente inicialmente alega que a JJF não teria apreciado a totalidade de seus argumentos defensivos.

Em seguida, quanto à imputação 1, descreve-a como crédito indevido em face de devolução de mercadorias, transcreve a exposição realizada em sede de impugnação originária novamente arguindo que os autuantes teriam agido com rigor excessivo, e que o procedimento que ele, contribuinte, adotara, estaria justificado por tratar-se de empresas que opera no ramo de supermercados.

Disserta acerca de semelhanças e diferenças entre devolução e retorno, em termos fiscais e contábeis. Aduz que *“exigir-se do cliente que ele aguarde a emissão de uma nota de devolução, para depois apor a sua assinatura, é certamente uma conduta que não seria recomendada pela lógica do sistema, até porque a empresa estaria submetida à possibilidade de várias demandas judiciais, no juízo consumerista, por suposta prática abusiva ao consumidor.”*

Repete a argumentação no sentido de que a exigência de aposição de assinatura teria sido relativizada pelo RICMS/BA ao prescrever no parágrafo 3-A do art. 653 que: *Tratando-se de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá, mediante autorização do inspetor fazendário, emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante a semana”*

Em relação à imputação 2 afirma reconhecer as irregularidades tal como indicadas pelo Fisco, à exceção do mês de dezembro de 2009, porquanto ele, recorrente, já havia recolhido o valor de R\$ 393,60, restando apenas um débito no valor de R\$1.503,85.

Quanto à infração 5, descreve-a como *“multa de 1% das saídas em face de suposta omissão de operações.”*

Afirma ser esta Infração inexistente, decorrente de avaliação imprecisa e equivocada do fiscal autuante, diante de um equívoco inicial dele, recorrente, ao fazer o arquivo 60A e 60R do SINTEGRA.

Afirma que *“os valores constantes do registro 60-A estão absolutamente compatíveis com o que está consignado no livro de apuração do ICMS. Se houve um erro inicial da empresa autuado ao elaborar o arquivo 60-R, isto não quer significar que houve omissão de operações. Por equívoco, o responsável pela digitação dos dados, ao consignar os produtos vendidos, o fez de forma imprecisa na descrição das mercadorias, contudo não houve qualquer omissão de operações tributáveis. E isto poderá ser constatado por qualquer fiscal estranho ao feito, se for designada*

diligência por este Egrégio Conselho.

Acontece que, por conta disso, o auditor autuante imaginou que a empresa tivesse omitido operações, quando, na verdade, não houve nenhuma omissão, pela empresa, de qualquer operação de saída de mercadorias.

Prova disso é que no livro de registro de saídas de mercadorias e no livro de apuração do ICMS, os valores consignados são absolutamente idênticos aos valores constantes do arquivo 60-A.

No entanto, o fiscal sequer examinou os citados livros fiscais. Partiu já da presunção de que houve omissão de saídas por simples irregularidade na confecção do arquivo 60-R. Porém afirma-se, categoricamente, que não houve.

Destarte a infração consignada na autuação (infração 05) é inexistente, e decorreu de dois lamentáveis equívocos: um inicial da empresa ao consignar valores que não deveriam estar consignados e outro do autuante que sem examinar os livros fiscais decidiu autuar por mera presunção de que havia omissão de operações.”

Afirma que “o que ocorreu foi mera irregularidade formal que não resultou em falta de recolhimento ou sonegação do tributo e, portanto, deveria ser aplicada a multa relativa à uma penalização meramente formal e não uma multa sobre o valor das supostas operações omitidas.

Deste modo e deixando de examinar os livros fiscais que atestam a não ocorrência de tais omissões de operações, a imposição fiscal padece de vício insanável e fica comprometida qualquer apuração tributária séria, que se pretenda realizar, a tal título.”

Em relação à infração 6, o contribuinte a descreve como “Suposta falta de recolhimento de ICMS por alegada inclusão de operações tributadas como operações não tributadas.”

Repete as alegações da impugnação originária a respeito, aduzindo tratar-se de “saídas ECF relativas às vendas de produtos derivados de farinha de trigo (pães, bolachas, biscoitos, pizzas etc.) efetuadas pela padaria que funciona no próprio estabelecimento.”, aduzindo que os itens são produzidos por ele, autuado.

Discorre sobre substituição tributária por antecipação, agregação de Margem de Valor Agregado – MVA em tais operações de antecipação tributária, e diz que é possível enquadrar os produtos derivados de farinha de trigo como sendo decorrente do regime de “substituição tributária progressiva plena e com liberação”, que diz estaria consoante o RICMS/BA. Afirma que não haveria mais tributação a incidir nas operações de saídas com esses produtos, porque sofreram antecipação do tributo.

Transcreve Parecer nº 06549/2009, emitido em 24/04/2009 pela DITRI/SEFAZ/BA, acerca de operações com produtos derivados de farinha de trigo, em específico saídas de pães, pães, bolos e biscoitos produzidos com farinha de trigo adquirida com o imposto antecipado para não contribuintes, contribuintes não inscritos e não contribuintes, no qual está consignado que se a padaria adquire a farinha de trigo com o imposto já retido pelo estabelecimento fornecedor, não haverá mais tributação sobre as saídas dos produtos derivados de farinha de trigo por ela produzidos, porque, conforme previsto no RICMS/BA/97, art. 506-A, §§1º e §1º-A, cabe ao alienante de farinha de trigo a responsabilidade pela retenção do ICMS incidente sobre as operações subsequentes com os produtos dela derivados.

O recorrente afirma que neste Parecer a DITRI/SEFAZ teria reafirmado o entendimento da não tributação dos produtos derivados de farinha de trigo, o que ele, contribuinte, aduz que tornaria a autuação, neste ponto, improcedente.

O contribuinte aduz que, quanto ao julgamento das suas arguições, seriam improcedentes os fundamentos decisórios. Que o julgado não teria enfrentado parte das alegações defensivas, no que tange a impugnação relativa à infração 1.

Que o julgamento teria deixado de apreciar, de forma precisa e devida, relativamente à infração 1,

que a glosa de crédito fiscal feita pelo autuante teria sido feita “*pelo simples motivo de que as mercadorias devolvidas não foram acompanhadas de assinatura do comprador na nota fiscal de devolução.*”

O recorrente aduz que se o Fisco “*entendeu que a mercadoria não havia retornado então deveria fazer um levantamento físico do estoque para determinar que a mercadoria efetivamente não havia sido retornada. E, só assim, é que poderia o autuante, glosar os créditos. Mesmo porque se a mercadoria teve efetivo retorno (como realmente ocorreu) isso significa que o autuado vai ter que pagar novamente o mesmo imposto que já foi pago pela mesma mercadoria quando de sua saída futura. E isto configura um bis in idem.*”

Afirma que também em relação à imputação 5, o julgador de primeiro grau teria feito “*tabula rasa*” dos argumentos da defesa e não teria, a JJF, fundamentado de forma substancial a sua Decisão.

Que a defesa dele, contribuinte, sustentou que a infração 5 não teria existido “*e que decorreu de dois lamentáveis equívocos: um inicial da empresa ao consignar valores que não deveriam estar consignados e outro do autuante que sem examinar os livros fiscais decidiu autuar por mera presunção de que havia omissão de operações.*”

Que teria havido “*mera irregularidade formal que não resultou em falta de recolhimento ou sonegação do tributo e, portanto, deveria ser aplicada a multa relativa à uma penalização meramente formal e não uma multa sobre o valor das supostas operações omitidas.*”

Que a JJF teria entendido isto, mesmo assim mantido a penalidade indicada no Auto de Infração, multa de 1% sobre as saídas, mas na parte dispositiva do julgamento [Resolução] determinou que seja aplicada a multa prevista no inciso XIII-A, alínea “i” do art. 42 da Lei nº 7014/96, que determina:

Art. 42.

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

i) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais), pela falta de entrega nos prazos previstos na legislação ou pela entrega em padrão diferente do previsto ou em condições que impossibilitem a sua leitura, de arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ocorridas em cada período.

Que, deste modo, como o próprio julgamento determina que seja recolhida a multa prevista na alínea “i” do inciso XIII-A, em relação a esta infração, seria indubitável que o valor a ser recolhido é de R\$1.380,00, e não de R\$21.057,33, como pretende a autuação, posto que a multa do 1% sobre as saídas é a prevista na alínea “g” daquele dispositivo e não a da alínea “i”.

Que assim, se o que transita em julgado e o que torna definitiva a Decisão é a parte dispositiva do julgado, então ele, recorrente, concorda em pagar a multa no valor de R\$1.380,00, já que teria sido esta a determinada pelo julgamento recorrido.

Quanto à infração 6, o contribuinte a descreve como “*Suposta falta de recolhimento de ICMS por alegada inclusão de operações tributadas como operações não tributada, no que tange as operações com derivados de farinha de trigo (pizzas)*”, e afirma que em sua impugnação teria demonstrado a sua inocorrência e, inclusive, juntado Parecer desta SEFAZ/BA. Que “o julgado recorrido” não teria levado em consideração as ponderações ali deduzidas pelo que então ele, contribuinte, pede a este CONSEF que reaprecie os fundamentos de mérito ali deduzidos em relação a esta parte da autuação.

O recorrente afirma que o julgamento, na parte em que manteve a autuação, teria sido equivocado, o que recomendaria “*a improcedência dos seus termos*”.

Conclui pedindo o Provimento do Recurso Voluntário interposto, com o julgamento pela improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Coelho Lins Sento-Sé, emite Parecer às fls. 496 a 500 aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso, o quanto já alegado na impugnação inicial, e já apreciado pelo julgamento de primeira instância, ao tempo em que suscita fala de apreciação dos argumentos apresentados quanto às imputações 1 e 5; aplicação da multa prevista na linha “i”, e não “g”, ambas do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7014/96; improcedência da imputação 6 no que tange às operações com derivados de farinha de trigo (pizza).

A Procuradora prossegue expondo considerar ausentes argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido. Que as infrações estão devidamente tipificadas e comprovadas com demonstrativos e levantamentos fiscais elaborados de acordo com o livro Registro de Entradas do contribuinte, as terceiras vias referentes ao mês de janeiro/2008, destinada ao Fisco, e cópias do livro Registro de Apuração de ICMS referente a 2008, 2009 e 2010.

Em relação à imputação 1 aduz que assinatura do adquirente comprovaria a devolução das mercadorias, tratando-se de elemento primacial, e que o contribuinte emitiu as notas de entrada previstas no inciso I do §2º do artigo 653 do RICMS/BA/97 descumprindo o quanto previsto no inciso II do mesmo artigo 653. Que a exigência dos dados identificadores do adquirente que devolva as mercadorias encontra-se prevista no §2º do mesmo artigo 653.

Em relação à imputação 6 aduz que o levantamento realizado pelo Fisco, conforme demonstrativo de fls. 404 e 405, abrange exclusivamente pizzas recheadas, pelo que descabe falar em produtos derivados de farinha de trigo (pães, bolachas, biscoitos, pizzas) produzidos pela padaria que funciona no próprio estabelecimento. Que em consonância com os termos do artigo 353, II, itens 11.4.1 e 11.4.2, do RICMS/BA/97, as mercadorias que estão sujeitas ao regime de substituição tributária são preparações à base de farinha de trigo: macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, não recheadas, e nem preparadas de outro modo (NCM 1902.1), e pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, waffles, wafers e similares (NCM 1905) e torradas em fatias ou raladas (NCM 1905.40).

Que, assim sendo, neste rol não consta pizzas recheadas, razão pela qual as operações de saídas promovidas pelo estabelecimento varejista estão submetidas a tributação normal.

Em relação à infração 5 aduz que inexistente equívoco na Decisão de base ao indicar a linha “i” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7014/96.

Cita que os documentos acostados aos autos comprovam a Intimação ao contribuinte, à fl. 12, acompanhada de listagem diagnóstico, concedendo-lhe o prazo de 30 dias para a correção dos seus arquivos magnéticos e que os demonstrativos elaborados pelo autuante, às fls. 398 a 402, comprovam que ainda existem divergências entre os arquivos magnéticos e o livro Registro de Apuração do ICMS, o que implicou, acertadamente, na imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, consoante alínea “i” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7014/96, em redação com efeitos a partir de 28/11/2007, e a imposição da multa tal como ali prevista.

Ressalta que a multa de R\$1.380,00 prevista na linha “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7014/96 tem aplicabilidade na hipótese de mera falta de entrega dos arquivos magnéticos via internet, e no caso de entrega dos arquivos magnéticos sem o nível de detalhamento exigido no artigo 708-A do RICMS/BA/97.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações 1, 5 e 6, ao tempo em que reitera reconhecer o débito parcial relativamente à imputação 2, no exato valor em que também reconhecido como devido pelo autuante, após a revisão do lançamento, ainda em fase processual instrutória.

Preliminarmente, no que tange à alegação de falta de apreciação, pela JJF, de parte dos argumentos apresentados em sede de impugnação originária ao lançamento de ofício, o que poderia implicar nulidade da Decisão recorrida, assinalo que, tal como já dito no Parecer da PGE/PROFIS anexado aos autos, em verdade todos os pontos abordados pelo contribuinte foram devidamente examinados no voto de base. Abordados, inclusive, de forma bastante clara e didática. Não há como acolher a alegação recursal em contrário, que resta rechaçada.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Observe que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

No mérito, não merece reparo a Decisão recorrida.

Tal como já exposto no Parecer emitido pela PGE/PROFIS, e no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em primeira instância.

Corroboro integralmente o quanto já dito na Decisão de base e no Parecer PGE/PROFIS constante dos autos, a respeito das alegações impugnatórias do sujeito passivo ao tempo em que pontuo que, no que tange à Infração 1, a declaração de devolução assinada pelo comprador é a prova de que houve essa devolução, portanto é elemento essencial ao conjunto probatório, e o contribuinte não tem a autorização que ele mesmo cita, do Inspetor Fazendário, para proceder de forma diversa dispensando tal declaração de devolução assinada, o que se constituiria em exceção à regra geral. Portanto, as devoluções não estão comprovadas.

No quanto pertinente à Infração 2, inexistente lide após a revisão fiscal, tendo o contribuinte e o Fisco concordado quanto ao valor remanescente.

Em relação à Infração 5, a multa aplicada é a constante na redação em vigor a partir de 28/11/2007 é na alínea “i” do Inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7014/96, e não na “g”. A intimação descumprida tem data de ciência do contribuinte em 12/04/2013. A alínea “i” do mencionado inciso XIII-A é a aplicável, pelo que corretos o teor da Resolução da JJF e a respectiva multa de 1% aplicada.

No quanto concernente à Infração 6, observo que a mercadoria "pizza com bordas recheadas" não foi mencionada no Parecer DITRI trazido pelo autuado, e não constava, à época dos fatos geradores alvo da imputação 6, no inciso II do artigo 353 do RICMS/BA/97, então as saídas de pizza são tributadas normalmente, conforme vê-se a seguir:

RICMS/BA/97:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

11.4 - preparações à base de farinha de trigo a seguir especificadas:

11.4.1 - macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;

(Nota: A redação atual do subitem 11.4.1 do inc. II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 136 (Decreto nº 12.158, de 01/06/10, DOE de 02/06/10), e feitos a partir de 01/06/10.)

Redação anterior dada ao subitem 11.4.1 do inc. II do caput do art. 353 pela Alteração nº 135 (Decreto nº 12.156, de 28/05/10, DOE de 29 e 30/05/10), sem efeitos:

"11.4.1 - macarrão, talharim, espagete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1 e macarrão instantâneo – NCM 1902.30.00;"

Redação anterior dada ao subitem 11.4.1 do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 23 (Decreto nº 7947 de 02/05/01, DOE de 03/05/01), efeitos de 01/06/01 a 31/05/10:

"11.4.1 - macarrão, talharim, espagete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;"

11.4.2 - pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares (NCM 1905) e torradas em fatias ou raladas (NCM 1905.40);

(Nota: A redação atual do item 11.4.2, do inciso II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 73 (Decreto nº 9760, de 18/01/06, DOE de 19/01/06), com efeitos a partir de 01/03/06, conforme Alteração nº 75, (Decreto nº 9.818, de 21/02/06, DOE de 22/02/06).

Redação anterior dada ao item 11.4.2 do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 29 (Decreto nº 8087, de 27/12/01, DOE de 28/12/01), efeitos de 28/12/01 a 28/02/06:

"11.4.2 - pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, waffles e wafers (NCM 1905) e torradas em fatias ou raladas (NCM 1905.40);"

Redação originária:

"11.4.2 - produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos - NCM 1905;"

11.4.3 - macarrão instantâneo – NCM 1902.30.00;

(Nota: O subitem 11.4.3 foi acrescentado ao subitem 11.4 do item 11 do inc. II do caput do art. 353 pela Alteração nº 136 (Decreto nº 12.158, de 01/06/10, DOE de 02/06/10), efeitos a partir de 01/06/10.)

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos e intimado o autuado para efetuar o pagamento do débito remanescente relativamente ao imposto no valor de R\$35.594,05, acrescido da multa de 60%, com os acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação tributária acessória, no montante de R\$21.821,26.

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 **269133.0602/13-9**, lavrado contra **MAXBOM SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.594,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "d" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação tributária acessória, no montante de **R\$21.821,26**, previstas nos incisos IX e XIII-A, "i", do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios, conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS