

A.I. Nº - 232889.0020/14-0
AUTUADO - POLIMPORT - COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - LUZINETE MARIA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10.06.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-04/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL, NA AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS, TENDO, PORÉM, AS SAÍDAS SIDO TRIBUTADAS NORMALMENTE. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS APURADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO DE ESTOQUE EM EXERCÍCIO FECHADO. Infrações não contestadas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Infração não contestada. No entanto, conforme dispõe o art. 106, II, “c”, do CTN a multa aplicada passa para o percentual de 1% vez que o inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015. 4. CRÉDITO FISCAL. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS, POR CONSUMIDOR FINAL SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO. Após revisão do lançamento realizada pela própria fiscal autuante, infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2014, exige ICMS e multa no valor total de R\$485.888,78 em razão das infrações à legislação, a seguir relacionadas:

Infração 01 – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, e posteriormente tributadas, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, no valor total de R\$226.576,21.

Infração 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação. Exercícios de 2010 e 2011. ICMS no valor de R\$226.446,25 e multa de 60%.

Consta descrito no corpo do Auto de Infração: “A autuada cita nas informações complementares das notas fiscais de entradas emitidas referente ao CFOP 1202 - Devolução de Mercadorias o art. 452 do RICMS/2012, só que os fatos ocorreram nos exercícios de 2010 e 2011. Além de não contemplar a situação fática a autuada deixou de apresentar quando intimada as providências necessárias à comprovação da devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final a que se referem os incisos II e III do art. 653 do RICMS/BA - Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997, conforme anexo 02, relatórios 01 e 02 e danfe's e anexos”.

Infração 03 - Falta de recolhimento do imposto relativo as omissões de saída de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas, apurado

mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, os das saídas tributáveis. Exercícios de 2010 e 2011. ICMS no valor de R\$29.696,06, acrescido de multa de 100%.

Infração 04 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Período: março a julho e outubro a dezembro de 2010. Multa no valor de R\$3.170,26.

Por advogados constituídos, a empresa apresenta impugnação ao lançamento fiscal (fls. 1912/1922).

Inicialmente, reconhece o cometimento das infrações 01, 03 e 04 e informa de que elas foram parceladas, conforme documentação que anexa (Doc. 02). Em assim sendo, não são as referidas infrações objeto de litígio. Afora que devem elas permanecerem com a exigibilidade suspensa, de acordo com o art. 151, VI, do Código Tributário Nacional - CTN.

Passa a contestar a infração 02, entendendo que deve ser ela cancelada pelos motivos que expõe.

Inicia tecendo alguns comentários acerca da regularidade das operações ocorridas nos anos de 2010 e 2011 e que geraram o suposto creditamento indevido em operações de devolução de mercadorias vendidas pela empresa.

Diz atuar no ramo de comércio de produtos variados e possui diversas filiais em todo o Brasil. Dentre os adquirentes de suas mercadorias estão aquelas pessoas, naturais ou jurídicas, não contribuintes do ICMS ou não obrigadas a emissão de documento fiscal.

Assim, quando da aquisição de seus produtos pelos nominados consumidores, uma vez insatisfeitos com as compras realizadas, solicitam a troca da mercadoria ou devolução dos valores pagos. Diante desta situação e com base nas determinações do art. 652 do RICMS/1997, lhe resta assegurado o direito ao crédito do imposto incidente nas devoluções das mercadorias, conforme transcreve.

Diante de tal ditame e como se observa da documentação anexada aos autos (Doc. 03), resta comprovada, de forma inequívoca, as devoluções das mercadorias, bem como demonstrada que as Notas Fiscais de Entradas estão vinculadas às devoluções das mercadorias constantes dos Cupons Fiscais anexos às mesmas, ou seja, estas últimas representam as devoluções das mercadorias constantes dos cupons fiscais, nos mesmos valores, cumprindo, portanto, a regra estabelecida no art. 652 do RICMS/97.

Ressalta como importante de que todos os cupons fiscais são datados de um período anterior à devolução, demonstrando a sua legitimidade. Afora de que nas informações complementares das Notas Fiscais de Entrada também constam: o número do Pedido Velho/Anterior, o número do Pedido Novo, além de, em alguns casos, constar o número do Cupom Fiscal de venda das mercadorias. Desta forma, dúvidas não existem acerca das efetivas devoluções das mercadorias. Pode haver, continua, apenas algum erro referente a uma obrigação acessória, alias não verificada pela empresa, nem, tampouco, pelo fisco.

Observa como importante de que consta no campo "Destinatário Remetente" das Notas Fiscais de Entradas o nome das pessoas que compraram as mercadorias e que, posteriormente, as devolveram, além de constar os respectivos endereços, telefone/fax, o CPF/CNPJ e a Inscrição Estadual ou a Cédula de Identidade – RG.

Afirma, em seguida, que as provas ora trazidas com a sua impugnação foram apresentadas antes da lavratura do Auto de Infração e que elas somente poderiam ser desconstituídas através de um eventual contato com os seus clientes a fim de verificar a inexistência das devoluções, fato esse que não ocorreu.

Neste caminhar, discorre sobre as contraprovas que deve o fisco apresentar para desconstituir as suas e afirma não existir provas do fisco (ou mesmo contraprovas) juntadas aos autos para constituição da infração. Em assim sendo, o Auto de Infração deve ser cancelado, não podendo ser glosado o crédito de ICMS apropriado pela empresa.

Diz que caso verificado algum erro de procedimento, poderia apenas ser autuado em decorrência de eventual descumprimento de obrigação acessória, mas jamais ser glosado os créditos de ICMS, tendo em vista que restaram amplamente demonstradas as devoluções.

Passa a discorrer sobre a abusividade da multa aplicada. Afirma reverter-se ela de inconstitucionalidade e de ilegalidade, vez que, por se tratar de penalidade pecuniária, a obrigação tributária de caráter acessório converte-se em principal e se subsume ao princípio constitucional do não confisco e/ou aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. E acrescenta: “... *no presente caso, a abusividade e confiscatoriedade da multa é gritante, vez que incide no elevado percentual de 60% (sessenta por cento) sobre o suposto crédito indevido apropriado pela Impugnante. Destarte, ainda que fossem verídicas as acusações fiscais, elas não dizem respeito à falta do pagamento de tributo e, desta forma, revelam-se sobremaneira abusivas as multas quando incidem no elevado percentual de 60%. Inclusive, é o inverso que se observa, em razão da minoria do valor contemplado no presente Auto de Infração representar o suposto prejuízo sofrido pelo Estado. Portanto, ao Estado é mais vantajoso que o contribuinte não cumpra as suas obrigações tributárias, para que posteriormente receba um valor muito acima do prejuízo por ele suportado*”.

Nesta sua argumentação, apresenta decisões do STF (MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 1.975-3, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ 14/03/08, RE 91707/MG – Rel. Min. Moreira Alves, DJ 29/02/1980 e RE 78291/SP – Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 10/03/1978, bem como, ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho sobre a matéria.

Pugna pela total improcedência da autuação, ante a efetiva existência das devoluções das mercadorias, bem como, subsidiariamente, requer o afastamento da multa aqui aplicada, com nítido caráter abusivo.

Ao final requer:

- i) seja dado provimento à presente impugnação, para julgar improcedente o auto de infração, em sua totalidade, anulando-se o lançamento dos tributo e das multas, remetendo-se o presente processo ao arquivo;*
- ii) caso assim não entenda, que seja afastada a multa aplicada, pela sua alíquota ser totalmente abusiva.*
- iii) por fim, na remota hipótese de manutenção da autuação, requer a oportunidade de realização de sustentação oral perante o órgão julgador em sede recursal.*

A autuante apresenta a informação fiscal (fls. 1606/1608). Sintetiza os argumentos de defesa e pontua que a empresa reconhece o cometimento das infrações 01, 03 e 04.

Passa a discorrer a respeito da infração 02.

Transcreve a infração e registra que somente autuou a empresa após tomar todas as medidas necessárias, ou seja, a intimou a apresentar os documentos comprobatórios que lhe daria direito ao crédito ora em questão, o que não ocorreu. Relata:

1. Em 26/11/2014 (fl. 14) a intimou para que apresentasse as Notas Fiscais de Entrada de devolução. Apresentados todos os DANFE's dos períodos de 2010 e 2011 (exemplos de fls. 498/1.284) constatou como fundamento nas Informações Complementares o art. 452 da Seção II – Da Devolução de Mercadorias do RICMS/12, enquanto que os fatos ocorreram em 2010 e

2011 e a falta da prova inequívoca das devoluções, conforme comando do art. 653, § 2º, por se tratar de devolução de mercadorias adquiridas por consumidor final.

2. Em 18/12/2014 (fl. 22) foi enviado e-mail ao autuado solicitando o encaminhamento dos documentos comprobatórios conforme disposto no art. 653, § 2º do RICMS/97, com arquivo do respectivo artigo, tendo sido solicitado prazo de 30 dias no e-mail de 23/12/2014 (fls. 15), final de encerramento de programação.

Ressalta, em seguida, que não pode aceitar as alegações da empresa visando elidir o lançamento fiscal, uma vez que a autuação se trata de devoluções de mercadorias adquiridas por consumidor final e não de devoluções de mercadorias por “Pessoa Obrigada à Emissão de Documentos Fiscais”, prevista no art. 652 do RICMS/97, citado pelo defendente. A situação prevista neste referido artigo trata dos casos de devolução de mercadorias que deram entrada, anteriormente, no estabelecimento sem a utilização do respectivo crédito fiscal, permitindo ao contribuinte creditar-se do ICMS lançado na Nota Fiscal de devolução desde que em valor igual ao do imposto lançado no documento originário.

Como o impugnante admite claramente se tratar-se de devoluções de mercadorias por consumidor final (vendas através de cupons fiscais), a empresa deixou de atender as condições impostas pelo § 2º, inciso II do art. 653 do RICMS/97, “*condição inequívoca para o direito ao crédito diferentemente do que preceitua o art. 652 do RICMS/97*”.

Entende que não deve prosperar o argumento do fisco desconstituir a prova, realizando contato com os clientes da empresa, pois cabia a ela o cumprimento das obrigações acessórias dispostas no art. 653, § 2º, incisos I e II do RICMS/97.

Após a análise de todos os anexos da impugnação (Doc. 3 - fls. 1.997/4.604) e por terem sido cumpridas as condições previstas no art. 653, § 2º do RICMS/97, ou seja, obter, na Nota Fiscal de Entrada ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, foram considerados os créditos de R\$7.637,44 para o exercício de 2010 e de R\$21.321,72 para o exercício em R\$197.487,09 conforme tabela a seguir:

Total	Valor Produto A	Base Cálculo B	Alíquota C	Icms D=(BXC)
Total Original	R\$1.327.874,02	R\$1.327.874,07	17	R\$226.446,25
(-) Deduções	R\$ 169.970,64	R\$ 169.970,64	17	R\$ 28.959,16
Novo Total	R\$1.157.903,43	R\$1.157.903,43	17	R\$197.487,09

Fonte Valor Original: Anexo 2 Pag. 442

Requer a procedência parcial da autuação.

Em manifestação acerca da informação fiscal (fls. 4631/4632) o impugnante concorda com as exclusões efetuadas pela fiscal autuante.

No entanto, afirma que os argumentos apresentados em sua inicial conduzem à necessidade do cancelamento total do Auto de Infração, tendo em vista:

1. Ausência de prova do fisco acerca da não ocorrência das devoluções das mercadorias.
2. As provas trazidas quando de sua impugnação (fls. 1997/4604) demonstram as efetivas devoluções das mercadorias.

E, caso assim não entenda este Colegiado, diz que restou demonstrada a abusividade da multa aplicada, devendo a mesma ser reduzida, em conformidade com os argumentos exposto.

Chamada para tomar conhecimento da nova manifestação da empresa, a autuante manifesta-se (fl. 4702), mantendo em sua integralidade a informação anteriormente prestada, pois nenhum fato novo foi apresentado pelo defendente.

Na sessão de julgamento do dia 02/06/2016, o representante legal da empresa, Dr. Bruno Tadeu Radtke Gonçalves, OAB/SP nº329.484, compareceu à sessão trazendo, de forma oral, os argumentos defensivos ora relatados.

VOTO

A infração 01 do presente processo trata de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal e, tributadas quando de suas saídas.

A infração 03 diz respeito à falta de recolhimento do imposto relativo a omissões de saída de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo imposto, o maior valor monetário, os das saídas tributáveis.

A empresa, expressamente, declara não haver lide estabelecida referente às infrações acima apontadas. Inclusive requer o parcelamento dos débitos.

Em assim sendo, são elas mantidas nos valores de R\$226.576,21 (infração 01) e de R\$29.696,06 (infração 03), esta última acrescida da multa de 100%.

Na infração 04 foi exigida multa percentual de 10% sobre o valor das mercadorias tributadas que deram entrada no estabelecimento da empresa autuada, porém não foram registradas na sua escrita fiscal.

De igual forma, o sujeito passivo tributário não a contesta, parcelando o débito.

Porém aqui existe matéria a ser enfrentada, matéria desconhecida quando do lançamento fiscal e de ordem pública. Neste caso, o julgador, diante do seu poder-dever, não pode se eximir de analisá-la.

Embora o contribuinte tenha realizado o parcelamento total desta infração no montante do valor da penalidade apurada, não a contestando, não recolheu o valor total do Auto de Infração. Neste caso, entendo que as determinações do at. 156, I, do CTN devam ser relativadas, já que não existe a extinção total do crédito tributário ora em questão.

Isto posto, o art. 149, VIII, do CTN assim dispõe:

*Art. 149. O lançamento é efetuado e **revisto de ofício** (grifo não original) pela autoridade administrativa nos seguintes casos:*

.....

*VIII - Quando deva ser apreciado **fato não conhecido** (grifo não original) ou não provado por ocasião do lançamento anterior.*

No caso presente e quando do lançamento fiscal, a autuante, corretamente, aplicou a multa de 10% sobre o valor das mercadorias tributadas entradas no estabelecimento da empresa, porém não registradas e tudo com base no quanto disposto no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, vigente quando da autuação.

Acontece que o inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, DOE de 11/12/2015, efeitos a partir de 11/12/2015, passando a ter a seguinte redação:

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Por outra banda, o art. 106, II, “c”, do CTN, determina:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Em assim sendo, com base no art. 149, VIII (fato desconhecido à época) e em obediência ao quanto disposto no art. 106, II, “c”, ambos do CTN, reviso, de ofício, a multa aplicada para o patamar de 1%, vez que o inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, DOE de 11/12/2015, efeitos a partir de 11/12/2015, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 04

DATA OCORRÊNCIA	% MULTA	VALOR
30/03/2010	1%	2,64
30/04/2010	1%	52,70
31/05/2010	1%	0,20
30/06/2010	1%	61,69
31/07/2010	1%	13,50
31/10/2010	1%	1,50
30/11/2010	1%	183,29
31/12/2010	1%	1,50
TOTAL		317,02

Após tais colocações, adentro à única infração contestada pelo impugnante.

A infração 02 acusa o impugnante de ter utilizado indevidamente crédito fiscal sobre devoluções de mercadorias efetuadas por consumidor final sem a devida comprovação das referidas devoluções.

O impugnante, em síntese, alega que conforme determinações do art. 652 do RICMS/1997, lhe resta assegurado o direito ao crédito do imposto incidente nas devoluções (troca ou devolução de pagamento) das mercadorias, adquiridas por consumidor final, quer seja pessoa jurídica ou física.

Apensa aos autos documentação (Doc. 03), onde afirma que restam comprovadas, de forma inequívoca, as devoluções das mercadorias, já que as Notas Fiscais de Entradas estão vinculadas às devoluções das mercadorias constantes dos Cupons Fiscais anexos às respectivas notas fiscais. Ressalta de que todos os cupons fiscais são datados de um período anterior à devolução e nas informações complementares das Notas Fiscais de Entrada também constam: o número do Pedido Velho/Anterior, o número do Pedido Novo, além de, em alguns casos, constar o número do Cupom Fiscal de venda das mercadorias. Além do mais, consta no campo “Destinatário Remetente” das Notas Fiscais de Entradas os nomes das pessoas que compraram as mercadorias, posteriormente devolvidas, seus respectivos endereços, telefone/fax, o CPF/CNPJ e a Inscrição Estadual ou a Cédula de Identidade – RG.

Diz, também, que se acaso existir algum erro, somente houve de uma obrigação acessória, porém não verificada nem pela empresa, nem, tampouco, pelo fisco.

Afirma, ainda, de que esta documentação (Doc 03) foi apresentada á autuante antes da lavratura do Auto de Infração e que ela somente poderia ser desconstituída com um eventual contato com os seus clientes a fim de verificar a inexistência das devoluções.

Por seu turno, a autuante informa que, por diversas vezes, solicitou à empresa a documentação comprobatória destas devoluções conforme determinações do § 2º do art. 653, do RICMS/97 (e-mails de fls. 15/19 e 22 dos autos).

A decisão da lide deve obedecer às determinações legais e elas estão contidas no RICMS/97.

Primeiramente é necessário frisar que o art. 652, do RICMS/97 tomado como base pelo impugnante para contestar a autuação não é o correto.

O regulamento, no seu Capítulo LII, tratava da devolução e do retorno de mercadorias. A Seção I, compreendendo os artigos 651 e 652, dizia respeito às devoluções e retornos de mercadorias por pessoas obrigadas à emissão de documentos fiscais. Determinava o contribuinte a emitir nota fiscal, quando da devolução, com destaque do imposto, se fosse o caso, a fim de dar curso às mercadorias no trânsito e possibilitar a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento de origem, quando admitido. Deveria ser mencionado, no documento fiscal, o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda, o valor total ou o relativo à parte devolvida, conforme o caso, sobre o qual deveria ser calculado o imposto, igual ao da operação de venda realizada (art. 651).

No seu art. 652, abordava a hipótese sobre o creditamento, quando da devolução de mercadoria cuja entrada tivesse ocorrido sem utilização de crédito fiscal pelo recebedor, com valor que deveria ser igual ao do imposto lançado no documento originário. Nesta hipótese, encontravam-se as operações com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e de devolução de mercadorias ou bens adquiridos para uso, consumo ou ativo permanente, já tendo sido paga a diferença de alíquotas.

Ou seja, abordava a questão das devoluções ou retornos de mercadorias por pessoas contribuintes do ICMS.

Entretanto, a respeito das devoluções por pessoas não contribuintes do ICMS, este assunto era abordado na Seção II do referido Regulamento e Capítulo com o título de: DA DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA POR PRODUTOR OU EXTRATOR OU POR PESSOA NÃO OBRIGADA À EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS

*Art. 653. O estabelecimento que receber em virtude de troca 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;

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.

Em assim sendo, o art. 652, como entende o defendente, não dá suporte legal para elidir a acusação ora em combate, pois aqui se está a analisar devoluções de mercadorias feitas por

consumidor fiscal, em operações comerciais realizadas através da emissão de cupons fiscais, situação expressamente especificada no art. 653 e seu § 2º, do RICMS/97 e acima transcrito.

O contribuinte apresentou cópias de documentos fiscais de entradas vinculadas aos cupons fiscais (Doc 03). Entretanto não o fez para todos os meses. E mesmo naqueles meses que assim agiu, somente apresentou tal vinculação para determinados cupons fiscais. Mesmo que tenha apresentado algumas notas fiscais de entradas informando serem elas vinculadas aos cupons fiscais, nelas não existem tais vinculações.

Apenas como exemplo, tomo o mês de maio de 2010.

1. Apresentou 103 notas fiscais (fls. 1999/2102).
2. Foram apresentadas 31 notas fiscais de entradas sem as cópias dos cupons fiscais.
3. Destas 103 notas fiscais de entradas, vinculou cupons fiscais em 72 delas. No entanto, ao analisar esta vinculação apresentada pelo contribuinte, denota-se que, na sua maioria, tal vinculação não existe já que os n.ºs dos cupons fiscais nelas não restam consignados. Apenas nas informações complementares constam números de “pedido velho”, “pedido novo”, a exemplos dos documentos fiscais constantes às fls. 2006/2010.

Nesta esteira, o contribuinte alega que se houve (pois não constatado, como afirma), foi, apenas, descumprimento de meras formalidades legais (obrigação acessória).

Ressalto de que não consignar na nota fiscal de entrada o n.º do cupom fiscal, não é, apenas, mera formalidade legal. Este procedimento é de fundamental importância, pois é o norte da prova, ou seja, da prova inequívoca da devolução. As informações constantes no campo “Informações Complementares” na forma acima relatada e nem mesmo o preenchimento do campo “Remetente” do documento fiscal com os dados ditos do consumidor final suprem esta falta de informação do cupom fiscal, crucial à fazer prova desta vinculação. Afora tal fato, não foi apresentada, em qualquer momento, qualquer declaração assinada pela pessoa que efetuou a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade para que se pudesse, fosse o caso, suprir tal situação.

E, ao contrário do que advoga a defesa, o ônus desta prova é do contribuinte, que deve obedecer às determinações legais, para que possa proceder ao estorno de débito do ICMS quando da saída da mercadoria, o qual será, quando devidamente comprovado, creditado como meio de recuperação do débito anterior destacado. Em assim sendo, sem pertinência o argumento que a prova somente poderá ser feita pelo fisco com um eventual contato com os seus clientes a fim de verificar a inexistência das devoluções.

Diante desta situação, a autuante, quando prestou sua informação fiscal, analisou toda a documentação apresentada pelo contribuinte. Desta análise, excluiu do levantamento fiscal todas as devoluções que foram autuadas e que, após, foram comprovadas. Este levantamento consta às fls. 4610/4625 dos autos - RELATÓRIO 01 E 02 - DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS POR PESSOA FISICA COM COMPROVANTES.

Seguindo o exemplo do mês de maio de 2010, foram excluídas 07 notas fiscais que, comprovadamente, estavam vinculadas aos cupons fiscais, sendo abatido o valor de R\$601,72 do imposto exigido neste referido mês.

Por tudo ora exposto e com a documentação apensada no presente processo, a empresa não faz prova da devolução das operações comerciais realizadas com o consumidor final, matéria ora em lide.

Ao tomar ciência da revisão efetuada, o impugnante concordou com as exclusões dos débitos propostos pela fiscal autuante, porém apresentou a mesma argumentação anteriormente feita e aqui já analisada e rebatida.

Em vista do exposto somente posso alinhar-me aos valores apresentados pela autuante quando da revisão do lançamento realizado.

Mantenho parcialmente procedente a infração 02 da presente ação fiscal no valor de R\$197.487,09, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 02

DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS AI	DEDUÇÕES (FL. 4609)	ICMS EXIGIDO
30/01/2010	09/02/2010	7.813,51	-	7.813,51
28/02/2010	09/03/2010	4.473,67	-	4.473,67
31/03/2010	09/04/2010	6.988,96	-	6.988,96
30/04/2010	09/05/2010	7.844,59	-	7.844,59
31/05/2010	09/06/2010	7.038,07	601,72	6.436,35
30/06/2010	09/07/2010	5.496,16	455,48	5.040,68
31/07/2010	09/08/2010	6.825,16	-	6.825,16
31/08/2010	09/09/2010	10.934,47	-	10.934,47
30/09/2010	09/10/2010	12.069,52	2.233,04	9.836,48
31/10/2010	09/11/2010	8.152,00	825,92	7.326,08
30/11/2010	09/12/2010	10.311,72	1.298,78	9.012,94
31/12/2010	09/01/2011	13.500,42	2.222,49	11.277,93
30/01/2011	09/02/2011	14.114,50	2.290,60	11.823,90
28/02/2011	09/03/2011	13.505,63	1.582,40	11.923,23
31/03/2011	09/04/2011	11.051,57	2.283,12	8.768,45
30/04/2011	09/05/2011	11.881,82	3.680,31	8.201,51
31/05/2011	09/06/2011	11.428,13	2.680,91	8.747,22
30/06/2011	09/07/2011	8.463,68	2.003,23	6.460,45
31/07/2011	09/08/2011	11.567,72	3.004,84	8.562,88
31/08/2011	09/09/2011	9.476,05	1.216,44	8.259,61
30/09/2011	09/10/2011	6.755,24	1.146,61	5.608,63
31/10/2011	09/11/2011	7.759,97	612,81	7.147,16
30/11/2011	09/12/2011	9.238,23	255,45	8.982,78
31/12/2011	09/01/2012	9.755,46	565,01	9.190,45
TOTAL		226.446,25	28.959,16	197.487,09

O defendente ainda contesta a multa aplicada na infração 02, no percentual de 60%, por entender ser ele totalmente abusivo. Não cabe a este foro administrativo a discussão sobre o tema, nos termos do art. 167 do RPAF/BA. Além do mais, a multa aplicada obedece ao quanto disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDENCIA PARCIAL, mantendo as infrações 01, 03 e 04, nos valores de R\$226.576,21, R\$29.696,06 e R\$317,02, respectivamente, sendo o valor da infração 04 reduzido em obediência a alteração procedida no inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015 e parcialmente a infração 02 no valor de R\$197.487,09.

Determina-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232889.0020/14-0**, lavrado contra **POLIMPORT - COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$227.183,15**, acrescido da multa de 60% sobre

R\$197.487,09 e de 100% sobre R\$29.696,06, previstas no art. 42, incisos VII "a" e III da Lei nº7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$226.893,23**, previstas no art. 42, II, "d" e IX (com redação dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015), com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei 9.837/2005, devendo o órgão Competente desta Secretaria de Fazenda homologar os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADOR