

PROCESSO - A. I. Nº 232889.0020/14-0
RECORRENTE - POLIMPORT - COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0086-04/16
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0097-11/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL NA AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS, COM SAÍDAS TRIBUTADAS. MULTA. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS APURADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO DE ESTOQUE EM EXERCÍCIO FECHADO. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa alterada para 1%. 4. CRÉDITO FISCAL. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS, POR CONSUMIDOR FINAL SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO. Após revisão do lançamento, infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Nesta oportunidade processual analisa-se Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, concretizada no Acórdão JJF Nº 0086-04/16, a qual, unanimemente, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração supra identificado, lavrado em 23/12/2014, para cobrar ICMS e multa no valor histórico de R\$485.888,78 em razão das seguintes irregularidades:

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 - Utilizar 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: “O autuado 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 o autuado 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 - Dar 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.

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 1912 a 1922), reconhecendo a procedência das infrações 1, 3 e 4 contestando apenas a infração 2.

O autuante prestou a informação fiscal de praxe às fls. 1606/1608.

No conduto do Acórdão JJF Nº 0086-04/16, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte,

tendo o voto do Relator se consubstanciado na seguinte literalidade:

“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 autuado, 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 art. 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 à 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 pago 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 estar 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 transcrita.

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.

Apresentou 103 notas fiscais (fls. 1999/2102).

Foram apresentadas 31 notas fiscais de entradas sem as cópias dos cupons fiscais.

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 nºs 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 nº 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 FÍSICA 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 defendanté 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.”

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte formalizou Recurso Voluntário, objetivando a reforma do Julgado na parte que lhe foi desfavorável (fls. 4731 a 4742).

Inicialmente, o recorrente procedeu o resumo do feito, sintetizando as razões da impugnação e da Decisão objeto do Recurso, após consignar que a 4^a Junta de Julgamento Fiscal julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, nesse passo, mantendo parte da infração 2.

Em seguida, asseverou que a parte remanescente do Auto de Infração, não merece prosperar quanto ao mérito, tendo em vista os motivos de fato e direito que passaria a expor.

O item 2 do Auto de Infração se reporta ao creditamento supostamente indevido de ICMS, oriundo de operações de devolução de mercadorias vendidas para consumidor final não contribuinte do imposto.

Afirmou que, todavia, o crédito tomado pelo recorrente era legítimo e possuía amparo legal para a sua escrituração, conforme demonstraria.

De plano, teceu 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.

Disse atuar no ramo de comércio de produtos variados e possuir diversas filiais em todo o Brasil, afirmando que, dentre os adquirentes de suas mercadorias se encontravam 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, solicitavam a troca da mercadoria ou devolução dos

valores pagos.

Diante desta situação, e com base nas determinações contidas no art. 653 do RICMS/1997, o qual transcreveu, lhe era assegurado o direito ao crédito do imposto incidente nas devoluções das mercadorias.

Como pode ser observado do artigo mencionado, seria totalmente possível o contribuinte, que recebesse mercadorias a título de devolução, se creditasse do ICMS no mesmo valor do imposto lançado no documento originário, ou seja, no mesmo importe consignado na nota fiscal / cupom fiscal de venda.

Diante de tal regramento e como se observa da documentação anexada aos autos (Doc. 03), disse restarem comprovadas, de forma inequívoca, as devoluções das mercadorias, bem como demonstrada que as Notas Fiscais de Entradas se encontravam vinculadas às devoluções das mercadorias constantes dos Cupons Fiscais anexos às mesmas, ou seja, estas últimas representavam as devoluções das mercadorias constantes dos cupons fiscais, em idênticos valores, cumprindo, portanto, a norma estabelecida no art. 653 do RICMS/97.

Asseverou ser importante consignar que o Fiscal Autuante, após analisar as provas apresentadas pelo recorrente, concluiu que a mesma tem direito ao crédito de R\$ 7.637,44 para o exercício de 2010 e de R\$21.321,72 para o exercício de 2011, reduzindo o ICMS exigido para R\$197.487,09, sendo que tal conclusão foi acatada na r. Decisão, tratando-se, portanto, de fato incontroverso, não sendo mais objeto desse litígio.

No entanto, o Julgador desconsiderou os demais documentos apresentados pelo recorrente, mantendo parcialmente a glosa dos créditos, por entender que eles não se mostravam hábeis a comprovar a legitimidade do crédito.

Prosseguindo, disse que, contudo, ao sopesar tais documentos, seria possível concluir que a afirmativa do Julgador não se justificava, pois o recorrente emitiu Notas Fiscais de Entrada em razão da devolução ter sido efetuada por não contribuinte, bem como juntou os respectivos cupons fiscais e a identificação do consumidor.

Logo, as Notas Fiscais de Entradas que representavam as devoluções das mercadorias, se reportam às mesmas mercadorias constantes dos cupons fiscais e idênticos valores.

Argumentou ser relevante constar que todos os cupons fiscais são datados em um período anterior à devolução, o que demonstra a sua legitimidade.

Nas informações complementares das Notas Fiscais de Entrada também constavam o número do Pedido Velho/Anterior, o número do Pedido Novo, além de, em alguns casos, o número do Cupom Fiscal de venda das mercadorias.

Nesse contexto, asseverou inexistirem dúvidas acerca das efetivas devoluções das mercadorias, podendo haver apenas algum erro referente a uma obrigação acessória, aliás, não verificada pela empresa, nem, tampouco, pelo Fisco.

Observou 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 dos respectivos endereços, telefone/fax, o CPF/CNPJ e a Inscrição Estadual ou a Cédula de Identidade – RG.

Afirmou, em seguida, que as provas trazidas com a 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.

Nesse caminhar, discorreu sobre as contraprovas que deveria o Fisco apresentar para desconstituir às suas e afirmou inexistir provas do Fisco (ou mesmo contraprovas) juntadas aos autos para constituição da infração, razão pela qual o Auto de Infração deveria ser cancelado,

não podendo ser glosado o crédito de ICMS apropriado pela empresa.

Trouxe aos autos, como suporte, entendimento da jurista Dra. Karem Jureidini Dias.

Disse 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.

Passou a discorrer sobre a abusividade da multa aplicada. Afirmou 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 indevidamente 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”.

Na sua argumentação, apresentou 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.

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

Ao final requereu que seja dado integral Provimento ao Recurso Voluntário a fim de que:

- “i) acolher as alegações do recorrente, no sentido de reconhecer a legitimidade do crédito tributário apropriado, cancelando, in totum, o item 2 do Auto de Infração objeto do presente Processo Administrativo;
- ii) caso assim não entenda, que seja afastada a multa aplicada, pela sua alíquota ser totalmente abusiva.”

VOTO

Consoante detalhadamente relatado, objetiva o vertente Recurso Voluntário formalizar o inconformismo do autuado em relação à parte que lhe foi desfavorável na Decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, porquanto julgou Procedente em Parte o Auto de Infração sob análise, onde se imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações, das quais a presente irresignação abrange apenas a infração 2.

Com efeito, reporta a segunda infração à acusação de ter o contribuinte utilizado indevidamente crédito fiscal sobre devoluções de mercadorias efetuadas por consumidor final sem a devida comprovação das referidas devoluções.

Após análise cuidadosa do feito, verifica-se que o Recurso não trouxe tese nem fundamento novo e/ou elemento(s) informativo(s) capaz(es) de modificar a Decisão hostilizada no intuito de afastar a condenação imposta, porquanto restringiu-se a repetir os argumentos da peça impugnatória na linha genérica da improcedência do crédito tributário.

Assim, o recorrente asseverou, em síntese, que conforme determinações do art. 653 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.

Afirmou que a documentação apensada aos autos na impugnação (Doc. 03) comprovam de forma inequívoca as devoluções das mercadorias, já que esses documentos, notas fiscais de entradas, estão vinculadas às devoluções de mercadorias constantes dos cupons fiscais de venda que dissesse estarem anexados às respectivas notas de entrada.

Ressaltou que das notas fiscais de entrada 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.

Sucede que é o próprio texto legal invocado pelo recorrente - artigo 653, do RICMS/BA, dispondo acerca da troca ou devoluções, por pessoas não contribuintes, que demonstra a improcedência da sua argumentação, *in verbis*:

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. (grifo do relator)

O que se verifica nos elementos constantes da procedimentalidade, principalmente dos documentos apensados à defesa (Doc. 03), da informação fiscal e da Decisão recorrida, que restou comprovado ter o autuado, apesar de alegar cumprimento às determinações do texto legal, não apresentou provas suficientes para elidir a acusação, atendendo, apenas em alguns casos, o teor normativo anteriormente reproduzido, deixando de cumprir, para as operações remanescentes na imputação, o preconizado no § 2º, I e II.

Nessa toada, comungo do entendimento esposado pela 4ª JJF, na linha de acolher a manifestação contida na informação fiscal de que o sujeito passivo só atende a norma legal em algumas operações que foram acatadas e tiveram seus valores excluídos do demonstrativo de débito que apurou a autuação.

Ante o exposto mantendo a Decisão de piso para julgar a infração 2 Parcialmente Procedente e acolho como correto o Demonstrativo de Débito de fl. 4718 que reduz a exigência do ICMS total de R\$226.446,25 para R\$197.487,09, com as datas de ocorrências do fato gerador destacadas no referido demonstrativo.

Por fim, os reiterados pleitos de redução e/ou afastamento das multas aplicadas não têm pertinência no particular, em virtude da inaplicabilidade ao caso versado do princípio insculpido no art. 112 do CTN, na medida em que inexistente dúvida capaz de justificar tais postulações.

Destarte, a multa consignada na autuação se apresenta correta, enquadrando-se, no art. 42 da Lei

nº 7.014/96, não havendo, portanto, qualquer ponto a merecer reparo, além do que as alegações recursais atinentes à constitucionalidade das cominações não podem ser apreciadas por este Órgão julgador, consoante estatui a legislação específica, nos termos do art. 167 do RPAF/BA.

Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, por se encontrar em consonância com a Lei, o Direito e a Justiça, nesse quadro, confirmado a Decisão da 4ª JJF no sentido de julgar PROCEDENTE EM PARTE a autuação, com a recomendação ao órgão competente para que seja homologado o pagamento efetuado.

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 232889.0020/14-0, lavrado contra POLIMPORT - COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$227.183,15, acrescido da multa de 60% sobre R\$197.487,09 e 100% sobre R\$29.696,06, previstas no art. 42, incisos VII, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$317,02 e multa percentual no valor de R\$226.576,21, previstas nos incisos IX (com redação dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015) e II, "d", com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/2005, devendo o órgão Competente desta Secretaria de Fazenda homologar os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS