

PROCESSO - A. I. Nº 207097.3010/16-0
RECORRENTE - TOCANTINS REFRIGERANTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0224-04/17
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/11/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0267-11/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Observa-se que na peça recursal foi anexado aos autos as notas fiscais que comprova a escrituração no livro Registro de Saída, conforme doc. 02. Consta ainda, no campo “informações complementares” documentos referentes à outras Notas conforme dirimiu a Recorrente (doc. 03). Entende-se que não há o que se falar em creditamento indevido oriundo as notas fiscais indicadas, posto que se referem a operações de duplicidade do débito das devoluções de produtos sujeitos à substituição, essa operação não trouxe qualquer prejuízo ao Erário Estadual. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 4ª JJF Nº 0224-04/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 26/12/2016, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$28.604,99, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01- 01.02.10 - Utilizou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$22.972,95 por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, ou o serviço não ter sido prestado, nos meses de agosto e setembro de 2015, acrescido da multa percentual de 60%.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Analizando a arguição do sujeito passivo, em sua peça impugnatória, de que o lançamento é nulo, por cerceamento do direito de defesa, uma vez que não se encontra dentro das formalidades legais, faltando-lhe a motivação, a correta capitulação legal e a indicação da base de cálculo específica, observo, com todo o respeito ao Contribuinte e a seu Procurador, no encargo da defesa, que tais argumentos não podem ser acolhidos, pelos seguintes motivos:

O Auto de Infração imputa ao autuado o cometimento de dois ilícitos. O autuado em suas razões defensivas reconheceu a infração 02, inclusive recolhendo o imposto com o Benefício de Lei, conforme extrato emitido pelo sistema SIGAT-Sistema de Gestão da Administração Tributária, desta Secretaria, fls. 80 a 81. Por esta razão julgo procedente a referida infração, permanecendo em discussão apenas a infração primeira.

A infração 01 diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento.

A glosa do crédito fiscal tem com fundamento o fato de o autuado ter lançado crédito fiscal nos meses de agosto e setembro de 2015 referentes às notas fiscais nº 51, 52 e 53, a título de devolução de mercadoria adquirida através da nota fiscal nº 337.711, emitida em 06/07/2015, cujo imposto havia sido retido pelo fornecedor.

O defendente assevera que de fato adquiriu diversas mercadorias sujeitas à substituição tributária através da nota fiscal nº 337.711. Parte delas “C. cola lata single c12 unid” foi objeto de devolução.

Diz que em 28/08/2015 emitiu a nota fiscal nº 125 de devolução com destaque do imposto no mesmo valor que o destacado na nota de aquisição. Em razão de ter havido débito do imposto sem que a operação originária tenha

gerado crédito para a empresa emitiu a nota fiscal nº 51- CFOP 1949 – outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, que no seu entendimento anularia os efeitos da tributação oriunda da referida devolução, de acordo com o previsto no art. 299, do RAICMS.

Reconhece que equivocadamente emitiu mais duas notas fiscais de devoluções nºs 127 e 129 referentes à mesma nota fiscal de compra nº 337.711. Para anular o equívoco emitiu os documentos fiscais nºs. 52 e 53 fazendo referências às duas anteriormente citadas.

O autuante, ao proceder a informação fiscal, manteve a autuação esclarecendo que o contribuinte emitiu três notas fiscais dando saída para o mesmo item, tendo como natureza da operação – Devolução de Compras, no entanto a nota fiscal mencionada no campo – informações complementares diz respeito a nota fiscal nº 337711.

De fato observo que a nota fiscal de aquisição de nº 337.711 acobertam operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária. No caso de devolução das mesmas o procedimento a ser adotado pela autuada seria efetuar o estorno do débito fiscal correspondente à nota fiscal de devolução no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS, conforme o disposto no inciso I do art. 299 do RAICMS, porém, a empresa optou em emitir a nota fiscal de saída nº 51 com destaque do imposto, entretanto, apesar do contribuinte não ter obedecido o previsto na legislação, não trouxe qualquer prejuízo ao Erário Estadual tendo em vista que também não efetuou em sua escrita fiscal o estorno do débito fiscal a que fazia jus conforme prevê a legislação, cujo teor transcrevo:

Art. 299. Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido:

I - o remetente estornará o débito fiscal correspondente à nota fiscal de devolução no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS;

II - para efeito de ressarcimento do imposto anteriormente retido, o remetente emitirá outra nota fiscal, exclusiva para esse fim, em nome do respectivo fornecedor que tenha retido originariamente o imposto, contendo as seguintes indicações, nos campos próprios, vedada qualquer indicação no campo destinado ao destaque do imposto:

Assim sendo deve ser excluído da desta infração o valor de R\$7.657,65, referente ao mês de agosto de 2015.

Em relação às notas fiscais de nº 52 e 53 não acato os argumentos defensivos tendo em vista que não foram trazidos aos autos provas de que houve o registro na escrita fiscal dos débitos oriundos das notas fiscais de nºs 127 e 129 que o contribuinte alega terem sido emitidas equivocadamente, aliado ao fato de não constar no campo “ informações complementares” daqueles documentos qualquer referência às notas fiscais de nºs 127 e 129 e sim a de nº 337.711.

Ante ao exposto voto pela Procedência Parcial da infração 01 no valor de R\$15.315,30.

No que diz respeito ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158, do RPAF/BA.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$20.947,35, devendo ser homologados os valores já pagos, com benefício de Lei.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, visando a reapreciação da Decisão de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

Nos fundamentos a Recorrente traz que é uma tradicional empresa comercial atacadista do ramo de bebidas, em especial cerveja e refrigerantes, adquire tais mercadorias que, em sua maioria, estão sujeitas à substituição tributária, razão pela qual cabe ao contribuinte substituto a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do imposto incidente em relação às operações subsequentes, sendo, como se sabe, vedado o aproveitamento, pela Recorrente, do crédito destacado na respectiva Nota Fiscal.

Como nas demais operações comerciais, é muito comum que nas vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária (ICMS-ST) ocorram devoluções ao estabelecimento remetente (vendedor), em virtude de irregularidades constatadas nas mercadorias, documentos fiscais ou mesmo nas condições negociadas entre as partes (cliente e fornecedor).

Continua descrevendo os fatos, esclarecendo que a Recorrente adquiriu, em 06/07/2015, da empresa Norsa Refrigerantes Ltda., diversas mercadorias para posterior comercialização, através da Nota Fiscal nº 337.711 (vide doc. 03 da Impugnação). Ocorre que, quando da chegada das mesmas ao seu estabelecimento, foram verificadas irregularidades que ensejaram a devolução do item “C.COLA LATA SINGLE C12”, que possuía os seguintes dados:

DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS

CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCM/SH	O/CST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CÁLC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALÍQ ICMS	ALÍQ IPI
0000000576	C.COLA LATA SINGLE C12 plcmsSt=17,00% BclcmsSt=59.373,60 vlcmsSt=2.436,81	22021000	010	5401	BJ	2.860,0000	15,7480	45.039,41	45.039,41	7.656,70	1.801,58	17,00	4,00

E é cediço que a operação de devolução é aquela que tenha por objeto anular todos os efeitos de uma operação anterior. E assim foi feito pela Recorrente, senão vejamos.

Em 28/08/2015, fora emitida a Nota Fiscal nº 125 (vide doc. 04 da Impugnação), contendo todas as informações exigidas pela legislação para a devolução da mercadoria, quais sejam o número do documento fiscal originário, os dados do fornecedor, CFOP 5411 (devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), o imposto destacado, etc., nos termos do artigo 102 do RICMS/BA, ao qual transcreve:

Note-se que, como não poderia deixar de ser, o débito do imposto no documento fiscal de devolução fora o mesmo daquele destacado na nota fiscal de aquisição:

Nota Fiscal nº. 125

DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS

CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCM/SH	O/CST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CÁLC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALÍQ ICMS	ALÍQ IPI
0000000576	C.COLA LATA SINGLE C12 plcmsSt=17,00% BclcmsSt=59.373,60 vlcmsSt=2.435,86	22021000	010	5411	BJ	2.860,0000	15,7500	45.045,00	45.045,00	7.657,65	1.801,80	17,00	10,00

Em decorrência dessa operação de devolução, tendo havido o débito do imposto, sem que a operação originária tenha, inicialmente, gerado crédito, a Recorrente tem direito ao lançamento do crédito para anular os efeitos da tributação oriunda da referida devolução, seja através do estorno do débito ou da utilização de créditos fiscais em mesmo valor, conforme disposições na legislação, cujo teor transcreve.

Nesse sentido, a Recorrente emitiu a Nota Fiscal nº 51 (vide doc. 05 da Impugnação), com CFOP 1949 (Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada), contendo a referência, nas informações complementares, para a Nota Fiscal nº 125 e o mesmo valor do ICMS destacado nesta última, registrando-a em seu Livro Registro de Entrada para fins de aproveitamento do crédito correspondente:

Nota Fiscal nº. 51

DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS

CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCM/SH	O/CST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CÁLC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALÍQ ICMS	ALÍQ IPI
0000000576	C.COLA LATA SINGLE C12	22021000	010	1949	BJ	2.8600	15,7500	45.045,00	45.045,00	7.657,65		17,00	

Vejamos que o procedimento adotado possui os mesmos efeitos práticos do estorno do débito da Nota Fiscal nº 125 ou do lançamento, no campo Outros Créditos, das parcelas do ICMS constante neste documento.

Ocorre que, por um equívoco operacional no controle das emissões das notas fiscais, a Recorrente acabou emitindo mais duas Notas Fiscais (nº 127 e 129) de devolução para a empresa fornecedora, destacando, igualmente, o débito do ICMS (vide doc. 06 da Impugnação).

Nota Fiscal nº 127

DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS

CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCM/SH	O/CST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CÁLC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALÍQ ICMS	ALÍQ IPI
0000000576	C.COLA LATA SINGLE C12 plcmsSt=17,00% BclcmsSt=59.373,60 vlcmsSt=2.435,86	22021000	010	5411	BJ	2.860,0000	15,7500	45.045,00	45.045,00	7.657,65		17,00	

Nota Fiscal nº. 129

DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS

CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCM/SH	O/CST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CÁLC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALÍQ ICMS	ALÍQ IPI
0000000576	C.COLA LATA SINGLE C12 plcmsSt=17,00% BclcmsSt=59.373,60 vlcmsSt=2.435,86	22021000	010	5411	BJ	2.860,0000	15,7500	45.045,00	45.045,00	7.657,65	1.801,51	17,00	10,00

Para reverter o erro cometido, então, a Recorrente procedeu da mesma forma: emitiu as Notas de Entrada nºs 52 e 53 (vide doc. 07 da Impugnação), fazendo referências às duas acima citadas, para o creditamento do imposto correspondente e anulação dos efeitos das devoluções equivocadas.

Nota Fiscal nº. 52

DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS


CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCM/SH	O/CST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CÁLC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALIQ ICMS	ALIQ IPI
0000000576	C.COLA LATA SINGLE C12	22021000	010	1949	BJ	2,8600	15,7500	45.045,00	45.045,00	7.657,65		17,00	

Nota Fiscal nº. 53

DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS

CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCM/SH	O/CST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CÁLC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALIQ ICMS	ALIQ IPI
0000000576	C.COLA LATA SINGLE C12	22021000	010	1949	BJ	2,8600	15,7500	45.045,00	45.045,00	7.657,65		17,00	

Para melhor esclarecer a situação, vejamos o quadro resumo abaixo:

NOTA FISCAL ORIGINÁRIA (AQUISIÇÃO) - Nº 337.711 - ICMS R\$ 7.656,10				
ICMS Debitado	Nota Saída - Devolução		Nota Entrada - Anulação do débito	ICMS Creditado
R\$ 7.657,65	125		51	R\$ 7.657,65
R\$ 7.657,65	127		52	R\$ 7.657,65
R\$ 7.657,65	129		53	R\$ 7.657,65

Traz que o inusitado é que a decisão recorrida acabou por afastar o crédito tributário apenas relativo à Nota Fiscal Nº 51, permanecendo a exigência para as de nºs 52 e 53, com base nos seguintes argumentos:

“De fato observo que a nota fiscal de aquisição de nº. 337.711 acobertaram operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária. No caso de devolução das mesmas o procedimento a ser adotado pela autuada seria efetuar o estorno do débito fiscal correspondente à nota fiscal de devolução no quadro “Crédito do Imposto – Estorno de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS, conforme o disposto no inciso I do art. 299 do RAICMS, porém, a empresa optou por emitir a nota fiscal de saída nº. 51 com destaque do imposto, entretanto, apesar do contribuinte não ter obedecido o previsto na legislação, não trouxe qualquer prejuízo ao Erário Estadual tendo em vista que também não efetuou em sua escrita fiscal o estorno do débito fiscal a que fazia jus (...)

Assim sendo deve ser excluído desta infração o valor de R\$ 7.657,65, referente ao mês de agosto de 2015.

Em relação às notas fiscais de nº. 52 e 53 não acato os argumentos defensivos tendo em vista que não foram trazidos aos autos provas de que houve o registro na escrita fiscal dos débitos oriundos das notas fiscais nºs 127 e 129 que o contribuinte alega terem sido emitidas equivocadamente, aliado ao fato de não constar no campo “informações complementares” daqueles documentos qualquer referência às notas fiscais de nºs 127 e 129 e sim a de nº. 337.711”.

Assevera que, não merecem prosperar os argumentos trazidos pelo julgador de primeira instância.

Primeiro, porque a prova do registro do débito das Notas Fiscais nºs 127 e 129 estão em poder da fiscalização e poderiam facilmente ser verificadas, inclusive através de uma simples perícia técnica nos livros contábeis da empresa. Mas, para que se comprove as alegações, a Recorrente junta o Livro Registro de Saída do período autuado, contendo a escrituração das notas ora mencionadas (doc. 02).

E a alegação de que não consta “no campo “informações complementares” daqueles documentos qualquer referência às Notas Fiscais de nºs 127 e 129 e sim a de nº 337.711” também não subsiste, já que a mencionada referência consta expressamente nos dados adicionais de cada nota fiscal (doc. 03):

<p>IDENTIFICAÇÃO DO EMITENTE</p> <p>TOCANTINS REFRIGERANTES LTDA ESTRADA DA MIRANDELA S/N KM 0,4 ZONA OESTE - 48400-000 RIBEIRA DO POMBAL - BA Fone/Fax: (080) 0275-0857</p>	<p>DANFE Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica</p> <p>0 - ENTRADA 1 - SAÍDA</p> <p>Nº. 000.000.052 Série 003 Folha 1/1</p>	<p>DADOS ADICIONAIS INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES Inf. Contribuinte: DOC: 43U50000110 C/GRT: 006PN/200 REF NF 337711 06/07/15 NORSA REFRIGE</p>
<p>NATUREZA DA OPERAÇÃO: RET.MERC.NAO ENTREGUE</p>		
<p>IDENTIFICAÇÃO DO EMITENTE</p> <p>TOCANTINS REFRIGERANTES LTDA ESTRADA DA MIRANDELA S/N KM 0,4 ZONA OESTE - 48400-000 RIBEIRA DO POMBAL - BA Fone/Fax: (080) 0275-0857</p>	<p>DANFE Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica</p> <p>0 - ENTRADA 1 - SAÍDA</p> <p>Nº. 000.000.053 Série 003 Folha 1/1</p>	<p>DADOS ADICIONAIS INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES Inf. Contribuinte: DOC: 43U50000110 C/GRT: 007PN/200 REF NF 337711 06/07/2015 NORSA REFRIGE</p>
<p>NATUREZA DA OPERAÇÃO: RET.MERC.NAO ENTREGUE</p>		

Portanto, não há que se falar em creditamento indevido oriundo das Notas Fiscais nºs 52 e 53, posto que se referem a operações de anulação do débito das devoluções de produtos sujeitos à substituição, tudo em conformidade com a legislação estadual. Assim, caindo por terra os dois motivos determinantes que fizeram a primeira instância manter parcialmente o crédito tributário,

há de ser reformada parcialmente a Decisão recorrida para que o Auto de Infração seja julgado improcedente em sua integralidade, sendo o que desde já requer. Argui a exorbitância da multa aplicada, mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal.

Duas as razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

No que atine ao primeiro ponto, cediço é que penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, em que, reitere-se, discute-se a possibilidade de aproveitamento legítimo de crédito fiscal do ICMS.

Significa dizer que, longe de haver fraude ou dolo do contribuinte, seu procedimento – perpetrado com amparo na mais lúdima boa-fé – foi completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente, de sorte que, não se podendo exigir comportamento contrário da Recorrente, não pode a mesma ser penalizada por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência!

Afirma que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Traz que, afora isso (segunda questão), percebe-se que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

A aplicação do princípio constitucional em comento às multas tributárias, há muito defendido pela doutrina, também já foi objeto de pacificação pela jurisprudência da Corte Excelsa, que em vários julgados, muitos deles proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade (em face de legislações estaduais que consagravam multas em patamares similares aos ora discutidos), assentou entendimento de que a multa fiscal deve observar a razoabilidade/proporcionalidade, sendo limitada, pelo princípio da vedação de confisco.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, desde os idos de 1980, já entendia pela aplicabilidade do princípio do não-confisco às multas tributárias, admitindo sua equitativa redução pelo magistrado ao qual transcreve.

Concretizando tal entendimento, o Min. Xavier de Albuquerque, quando do julgamento do RE nº 81.550/MG, reduziu multa imposta no patamar de 100% (inferior à maioria das aplicadas na autuação discutida neste feito) para 30%, ao qual transcreve.

Traz que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e *erga omnes*), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco.

Veja-se, como exemplo, o acórdão proferido pela Corte Excelsa na ADI 1075. De forma didática e clara, o STF explicitou o fundamento da aplicação da de tal princípio às penalidades pecuniárias, que é o entendimento dos Tribunais Superiores.

Afirma que não poderia ser diferente, vez que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

Consequentemente, requer-se, de logo, o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e

30%).

A recorrente requer que em caso de dúvida, *in dubio* pro contribuinte, ou seja o benefício da dúvida. Ora, o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Assim, em caso de dúvida, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

Ante o exposto, requer a Recorrente o reconhecimento e declaração/decretação da improcedência do crédito tributário de parte remanescente da infração 1, diante da impropriedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, a Recorrente pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Requer, outrossim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN).

Protesta a Recorrente pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

VOTO

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JF nº 0224-04/17, vem, por seu representante legal, às fls. 100/113, expor as razões que motivam seu Recurso Voluntário, inicialmente discorre sobre a autuação e o julgamento ora recorrido.

O presente Auto de Infração trata de duas infrações, uma por utilizar indevidamente crédito fiscal no valor de R\$22.972,95 por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, ou o serviço não ter sido prestado, nos meses de agosto e setembro de 2015 e a outra por multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$5.632,04, nos meses de janeiro a agosto de 2015.

Cediço que a operação de devolução é aquela que tenha por objeto anular todos os efeitos de uma operação anterior. E assim foi feito pela Recorrente, vejamos.

Em 28/08/2015, fora emitida a Nota Fiscal nº 125 (vide doc. 04 da Impugnação), contendo todas as informações exigidas pela legislação para a devolução da mercadoria, quais sejam o número do documento fiscal originário, os dados do fornecedor, CFOP 5411 (devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), o imposto destacado, etc., nos termos do artigo 102 do RICMS/BA:

Art. 102. Na adoção de séries da Nota Fiscal, modelos 1 e 1-A, observar-se-á o seguinte (Ajustes SINIEF 4/95 e 9/97): (...)

§ 7º Na nota fiscal emitida relativamente à saída de mercadorias em retorno ou em devolução, deverão ser indicados, ainda, no campo “Informações Complementares”, o número, a data da emissão e o valor da operação do documento originário.

Note-se que, como não poderia deixar de ser, o débito do imposto no documento fiscal de devolução fora o mesmo daquele destacado na nota fiscal de aquisição.

Em decorrência dessa operação de devolução, tendo havido o débito do imposto, sem que a operação originária tenha, inicialmente, gerado crédito, a Recorrente tem direito ao lançamento do crédito para anular os efeitos da tributação oriunda da referida devolução, seja através do estorno do débito ou da utilização de créditos fiscais em mesmo valor, conforme disposições abaixo:

Art. 299. Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido:

I - o remetente estornará o débito fiscal correspondente à nota fiscal de devolução no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS;

II - para efeito de ressarcimento do imposto anteriormente retido, o remetente emitirá outra nota fiscal, exclusiva para esse fim, em nome do respectivo fornecedor que tenha retido originariamente o imposto, contendo as seguintes indicações, nos campos próprios, vedada qualquer indicação no campo destinado ao destaque do imposto:

- a) o nome, o endereço, o CNPJ e a inscrição estadual do fornecedor;
- b) como natureza da operação: “Ressarcimento do ICMS”;
- c) a identificação da nota fiscal de devolução, que tiver motivado o ressarcimento;
- d) o número, a série, se houver, e a data do documento fiscal de aquisição da mercadoria;
- e) o valor do ressarcimento, que corresponderá ao valor do imposto anteriormente antecipado, total ou proporcionalmente, conforme o caso; (...)

§ 1º Em substituição ao procedimento recomendado no caput, poderá o contribuinte que efetuar a devolução utilizar como créditos fiscais ambas as parcelas do imposto, o normal e o antecipado, constantes no documento de aquisição das mesmas mercadorias, total ou proporcionalmente, conforme o caso, a serem lançados no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS.

§ 2º O valor do ICMS retido por substituição tributária a ser ressarcido não poderá ser superior ao valor retido quando da aquisição do respectivo produto pelo estabelecimento.

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário

[...]

VIII - o valor do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, no período em que tiver ocorrido a sua entrada no estabelecimento, nos casos de devolução ou de retorno, no valor total ou parcial, conforme o caso;

Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando 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, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário.

Art. 452. Na hipótese de devolução de mercadoria cuja entrada tenha ocorrido sem utilização de crédito fiscal pelo recebedor, será permitido a este creditar-se do ICMS lançado na nota fiscal de devolução, desde que em valor igual ao do imposto lançado no documento originário.

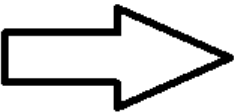
Nesse sentido, a Recorrente emitiu a Nota Fiscal nº 51 (vide doc. 05 da Impugnação), com CFOP 1949 (Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada), contendo a referência, nas informações complementares, para a Nota Fiscal nº 125 e o mesmo valor do ICMS destacado nesta última, registrando-a em seu livro Registro de Entrada para fins de aproveitamento do crédito correspondente.

Veja que o procedimento adotado possui os mesmos efeitos práticos do estorno do débito da Nota Fiscal nº 125 ou do lançamento, no campo Outros Créditos, das parcelas do ICMS constante no documento.

Ocorre que, por um equívoco operacional no controle das emissões das notas fiscais, a Recorrente acabou emitindo mais duas Notas Fiscais (nº 127 e 129) de devolução para a empresa fornecedora, destacando, igualmente, o débito do ICMS (vide doc. 06).

Para reverter o equívoco cometido, então, a Recorrente procedeu da mesma forma: emitiu as Notas de Entrada nº 52 e 53 (vide doc. 07), fazendo referências às duas notas acima citadas, para o creditamento do imposto correspondente e anulação dos efeitos das devoluções equivocadas.

Para melhor esclarecer a situação, vejamos o quadro resumo abaixo:

NOTA FISCAL ORIGINÁRIA (AQUISIÇÃO) - Nº 337.711 - ICMS R\$ 7.656,10				
ICMS Debitado	Nota Saída - Devolução		Nota Entrada - Anulação do débito	ICMS Creditado
R\$ 7.657,65	125		51	R\$ 7.657,65
R\$ 7.657,65	127		52	R\$ 7.657,65
R\$ 7.657,65	129		53	R\$ 7.657,65

A 4ª JJF decidiu por afastar o crédito tributário apenas relativo à Nota Fiscal nº 51, permanecendo a exigência para as de nº 52 e 53, com base nos seguintes argumentos:

“De fato observo que a nota fiscal de aquisição de nº. 337.711 acobertaram operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária. No caso de devolução das mesmas o procedimento a ser adotado pela autuada seria efetuar o estorno do débito fiscal correspondente à nota fiscal de devolução no quadro “Crédito do Imposto – Estorno de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS, conforme o disposto no inciso I do art. 299 do RAICMS, porém, a empresa optou por emitir a nota fiscal de saída nº. 51 com destaque do imposto, entretanto, apesar do contribuinte não ter obedecido o previsto na legislação, não trouxe qualquer prejuízo ao Erário Estadual tendo em vista que também não efetuou em sua escrita fiscal o estorno do débito fiscal a que fazia jus (...)

Assim sendo deve ser excluído desta infração o valor de R\$ 7.657,65, referente ao mês de agosto de 2015.

Em relação às notas fiscais de nº. 52 e 53 não acato os argumentos defensivos tendo em vista que não foram trazidos aos autos provas de que houve o registro na escrita fiscal dos débitos oriundos das notas fiscais nºs 127 e 129 que o contribuinte alega terem sido emitidas equivocadamente, aliado ao fato de não constar no campo “informações complementares” daqueles documentos qualquer referência às notas fiscais de nºs 127 e 129 e sim a de nº. 337.711”.

Observo, que a recorrente anexou aos autos as Notas Fiscais nº 52 e 53 e o livro Registro de Saída do período autuado, contendo a escrituração das notas ora mencionadas (doc. 02).

Já em relação a alegação da 4ª JJF de que não consta no campo “informações complementares” daqueles documentos qualquer referência às Notas Fiscais de nºs 127 e 129 e sim a de nº 337.711” também, observo que consta esta informação como dirigiu a Recorrente (doc. 03):

Portanto, entendo que não há o que se falar em creditamento indevido oriundo das Notas Fiscais nºs 52 e 53, como delineou a Recorrente, posto que se referem a operações de duplicidade do débito das devoluções de produtos sujeitos à substituição, essa operação não trouxe qualquer prejuízo ao Erário Estadual.

Ante ao exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA da infração 1.

Deste modo, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206891.3010/16-0, lavrado contra **TOCANTINS REFRIGERANTES LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa percentual no valor **R\$5.632,05**, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já pagos, com o Benefício de Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

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