

A. I. Nº - 298057.0006/15-1
AUTUADA - SIUFHUS COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA. (ANIMALE) - EPP
AUTUANTES - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA e VERA VIRGÍNIA NOBRE DE SANTANA
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/06/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0067-05/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS EFETUADAS POR CONSUMIDOR FINAL SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO. É de direito o crédito do ICMS nas devoluções de mercadorias realizadas pelo consumidor final. Contribuinte confirma que não agiu de acordo com a legislação, todavia traz elementos de prova de que teria apenas se omitido na tomada de assinatura dos clientes. De acordo com entendimento vigente nas Câmaras de Julgamento deste Conselho, nestas hipóteses há de ser considerada a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, vez que caracterizado o descumprimento disposto no artigo 454, § 1º, inciso II do RICMS/12 (falta de assinatura do cliente em documento de devolução), sendo aplicada multa por não ter penalidade prevista expressamente para essa conduta, prevista no artigo 42, XXII da Lei nº 7.014/96, com fundamento na previsão do artigo 157 do RPAF/99. Infração parcialmente subsistente. **b)** MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Argumentos defensivos não foram capazes de elidir a imputação, uma vez comprovado ter o crédito sido utilizado e as mercadorias não foram oneradas por tributação nas saídas. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Ajustes realizados em sede de informação fiscal reduzem os valores lançados. Infração parcialmente subsistente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e consequentemente sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita. Infração reconhecida. 4. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA. Utilização ou permissão de uso de programa de processamento de dados que possibilitasse efetuar em sua escrita fiscal lançamentos de dados divergentes dos registrados em documentos fiscais. A discrepância entre a acusação e a multa aplicada implica em nulidade, diante da insegurança em se determinar a infração e o infrator. Infração nula.

Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime para as infrações 2 a 5 e não unânime quanto à infração 1.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de junho de 2015 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 174.342,13, além de multas de 60% e 100%, bem como multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. 01.02.17. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final sem a devida comprovação, nos meses de março, julho a dezembro de 2011, janeiro e fevereiro de 2012, no valor de R\$29.449,93. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2. 16.12.04. Utilizou ou permitiu o uso de programa de processamento de dados que possibilitou efetuar em sua escrita fiscal, lançamentos de dados divergentes dos registrados em documentos fiscais. Multa fixa de R\$13.800,00, fato lançado como ocorrido em dezembro de 2011.

INFRAÇÃO 3. 07.01.02. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior, no montante de R\$44.841,35, multa de 60%.

INFRAÇÃO 4. 01.02.05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no total de R\$36.470,86, além de multa de 60%, para fatos verificados em janeiro, março a dezembro de 2011, janeiro e março de 2012.

INFRAÇÃO 5. 04.05.01. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2011), com imposto devido de R\$49.779,99, e multa de 100%.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 31 a 46, onde argui em sua defesa, após firmar a tempestividade e fazer breve relato dos fatos que o mesmo não merece prosperar por sua total insubsistência à luz da legislação de regência, bem como dos fatos trazidos aos autos.

Na infração 1, após esclarecer atuar no comércio de roupas femininas e figurar entre as maiores empresas de moda no Brasil, visando a satisfação da sua exigente clientela e em respeito à legislação (mormente o Código de Defesa do Consumidor), adota uma política que permite aos seus consumidores efetuar a troca ou devolução de mercadorias em qualquer uma de suas lojas, bastando para tanto apresentar a mercadoria em perfeito estado e com a etiqueta fixada, além do Cupom Fiscal recebido por ocasião da aquisição da mercadoria.

Fala que em alguns casos o cliente não possui o Cupom Fiscal relativo à aquisição, e nesse caso, é feita uma busca no sistema único da empresa, visando identificar os dados do documento de origem, para fins de emissão da correspondente Nota Fiscal de entrada da mercadoria devolvida.

Aponta que nos casos que deram ensejo à autuação ora combatida, tais procedimentos foram adotados, sendo o único lapso cometido, a falta de indicação dos dados dos Cupons Fiscais nas Notas Fiscais emitidas, motivo pelo qual junta aos autos mídia eletrônica (CD) contendo todas as informações exigidas no RICMS/BA, relativamente às vendas das mercadorias devolvidas, correlacionando as entradas de mercadorias em devolução com os respectivos cupons fiscais relativos à venda original, comprovando, desta forma, a legitimidade do crédito de ICMS em questão, restando suprida a ausência das informações indicadas pela Fiscalização na nota fiscal de entrada, emitida para o registro das devoluções das mercadorias em voga.

Aduz que mesmo não tendo observado estritamente as disposições do artigo 653, § 2º do RICMS/97

ou do artigo 454 do RICMS/12, a nota fiscal de entrada emitida para fins de apropriação do crédito de ICMS fundado na devolução de mercadorias, nunca poderá ser considerada inidônea para fins de resultar nos efeitos fiscais pretendidos pela autuação (glosa de crédito com aplicação da respectiva multa pelo suposto descumprimento de obrigação principal).

Frisa que a ausência de dados (na nota fiscal de entrada) relativos ao cupom fiscal emitido na venda da mercadoria devolvida não tem o condão de desfigurar a operação de devolução, nem de classificá-la como inidônea, mormente porque o controle exigido pelo Fisco para validação das operações foi efetuado e no caso em tela, em que a operação original tributada é desfeita uma vez que a mercadoria vendida foi devolvida pelo consumidor final, a tributação que incidiu na venda da mercadoria devolvida deve ser anulada, posto que tal mercadoria será novamente comercializada (nova venda com incidência do ICMS).

Caso assim não fosse, diz que se estaria permitindo a tributação em cascata (incidência do ICMS cumulativo), em flagrante violação ao artigo 155, §2º, I, da Constituição Federal, transcrita.

Destaca que o princípio da não-cumulatividade, insculpido no artigo supracitado da Constituição Federal, informa de maneira primordial e soberana a sistemática de apuração e recolhimento do ICMS tendo por objetivo impedir a denominada tributação em cascata, assegurando aos contribuintes o direito de deduzir o montante do tributo já recolhido em etapas anteriores com aqueles devidos nas operações seguintes, de forma que o tributo incida efetivamente apenas sobre a parcela que agrupa o preço da mercadoria ou do serviço, atingindo apenas o valor da operação final.

Deste modo, e como não poderia deixar de ser, o Egrégio CONSEF ao julgar caso análogo ao presente, reconheceu a legitimidade do crédito de ICMS em razão da devolução de mercadoria, trazendo Ementa do Acórdão JJF 0067-04/10.

Pontua que tal direito, embasado na Carta Magna, não pode ser afastado por mero descumprimento da obrigação acessória utilizada como fundamento pelo Fisco para a autuação fiscal, relativamente à falta de menção na nota fiscal de entrada dos dados referentes ao cupom fiscal de venda, mormente se a finalidade pretendida com a obrigação formal foi plenamente atendida.

No caso em tela, como já visto, assevera que se o Fisco impedir o direito ao crédito de ICMS na devolução de mercadoria, a venda registrada na máquina com débito de ICMS persistirá e a mercadoria será colocada novamente em circulação, havendo nova tributação (outra saída com débito de ICMS registrada no Emissor de cupom fiscal), e logo, incabível se torna a glosa dos créditos de ICMS procedida pelo Fisco, que por mero descumprimento de obrigação acessória (no tocante aos dados da nota fiscal de entrada), deixou de considerar os créditos de ICMS legitimamente apropriados pela mesma.

Traz à baila o artigo 113, §2º, do CTN, o qual preceitua que as funções das obrigações acessórias impostas pelo Fisco são de possibilitar a aferição da correta arrecadação e de viabilizar o exercício da atividade fiscalizadora, bem como doutrina representada por excerto de Ricardo Lobo Torres.

Argui que tendo em vista o objetivo precípua das obrigações acessórias, que é a de possibilitar que o Ente Público verifique o correto cumprimento da obrigação principal (no caso, o correto recolhimento do ICMS), bem como da exata fiscalização acerca das operações realizadas (no caso, comprovação das operações de saídas das mercadorias recebidas em devolução), diz não haver justificativa aceitável para a exigência de estorno dos créditos de ICMS legitimamente apropriados.

Na infração 02, aponta que da simples leitura do relato da autuação ora combatida, dos artigos infringidos, da penalidade aplicada (R\$ 27.600,00) e da multa efetivamente aplicada de R\$ 13.800,00 (treze mil e oitocentos reais), constata-se a falta de correlação entre eles, primeiramente porque o relato fiscal afirma ter utilizado equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) contendo programa

de automação fiscal em desacordo com a legislação, o que possibilitou efetuar em sua escrita fiscal lançamentos de dados divergentes dos registrados em documentos fiscais, enquanto que os artigos infringidos referem-se à não permissão do ECF, cujo processador da Placa Controladora Fiscal execute rotinas contidas em Software Básico não desenvolvido pelo fabricante ou importador do modelo de ECF e que o programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF (PAF-ECF) deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e atender aos requisitos especificado em Ato COTEPE.

Logo, afirma restar claro que a penalidade aplicada não tem correlação alguma com a infração narrada no relato do Auto de Infração e nos seus artigos infringidos, eis que o item 3, da alínea “b”, do inciso XIII-A, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, deve ser aplicado às empresas credenciadas que realizam a intervenção técnica em equipamento de controle fiscal, o que não é o caso.

Fala que de acordo com o relato do Auto de Infração e nos seus artigos infringidos, foi o contribuinte e não a credenciada que utilizou ECF contendo programa de automação fiscal em desacordo com a legislação. Portanto, entende não caber a aplicação da penalidade prevista no item 3, da alínea “b”, do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96.

Frisa que mesmo aplicada a penalidade relativa ao contribuinte, a qual tem o valor de R\$ 13.800,00, conforme a alínea “c”, do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, ainda assim a mesma não estaria correta, uma vez que nenhuma das infrações narradas na alínea “c” têm correlação com os artigos 834-C, parágrafo 2º e 824-D, do RICMS/12.

Deste modo, analisando o inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, verificou que a penalidade que melhor se aplicaria aos artigos 834-C, parágrafo 2º e 824-D, do RICMS/12, seria aquela prevista no item 1.4, da alínea “e”, do mencionado inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96.

Percebe, portanto, que a penalidade foi aplicada de forma equivocada na infração ora combatida e aquela que melhor se aplica ao caso em questão, a seu ver, é a prevista no item 1.4, da alínea “e”, do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, além de ser mais benéfica ao contribuinte, reitera.

Deste modo, requer que se determine a retificação do Auto de Infração ora combatido, para que seja aplicada a penalidade estabelecida no item indicado, em observância aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material e da segurança jurídica, conforme determina artigo 2º, do Decreto nº 7.629/99 (RPAF).

Nesta infração 3, argumenta que os autuantes afirmam que a empresa efetuou o recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, juntando aos autos o Demonstrativo sintético.

Para que possa apresentar defesa, entende necessário que a Fiscalização aponte quais as operações e Notas Fiscais que deram origem a esses valores de ICMS que estão sendo cobrados na infração.

Deste modo, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, requer que a Fiscalização apresente demonstrativo contendo as informações fiscais que embasaram a Infração.

No que diz respeito à infração 4, esclarece que muito embora tenha se creditado do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto pelo regime de substituição tributária, ao realizar a saída das mesmas mercadorias também indevidamente, mas agora a favor do Fisco, debitou e recolheu o imposto.

Garante que o procedimento adotado não ocasionou qualquer prejuízo ao erário estadual, posto que o ICMS devido na operação foi recolhido, restando claro que a adoção do procedimento acima não trouxe prejuízo algum ao Estado da Bahia, devendo o crédito tributário lançado referente à infração ser considerado improcedente.

Em relação à infração 5, informa que o crédito tributário relativo a esse item não será objeto de impugnação, em razão de ter reconhecido a sua procedência e realizado o seu pagamento integral, conforme se verifica no comprovante de pagamento em anexo (CD-ROM), no valor de R\$72.031,63 (setenta e dois mil trinta e um reais e sessenta e três centavos).

Diante do exposto, solicita que se acolha a presente impugnação, para considerar totalmente improcedente as Infrações 1, 3 e 4, do Auto de Infração lavrado, cancelando-se o crédito tributário com a consequente determinação do arquivamento do feito, bem como declarar a quitação da Infração 5, do Auto de Infração em voga, assim como a retificar a Infração 2, conforme argumentos apresentados na peça.

Finalmente, requer também que se entendido necessário, se converta o lançamento em diligência fiscal, atitude que poderá lhe dar a possibilidade de demonstrar inequivocamente a impropriedade do lançamento, bem como a sua total lisura perante o Fisco Estadual e que todas as intimações relativas ao presente processo sejam feitas ao seu representante legal no endereço indicado.

Informação fiscal prestada pelos autuantes às fls. 121 a 127 aponta que a autuação foi baseada no exame da escrita fiscal, conforme elencada na descrição dos fatos do Auto de Infração, aplicando auditoria fiscal, que se constitui num elenco de atividades sistemáticas voltadas para o levantamento, estudo e avaliação das operações registradas ou não pelos estabelecimentos, com vistas a determinar a ocorrência do fato gerador do ICMS, sua base de cálculo, a alíquota aplicável, a correta apropriação dos créditos fiscais devidos, a exata determinação do valor devido e seu recolhimento nos prazos regulamentares, assim, a auditoria fiscal no desempenho desta atividade utiliza-se do referencial teórico da disciplina Auditoria, porém, com objetivos específicos.

Para a infração 1, apontam ser a alegação da autuada, que para satisfação da clientela exigente e respeito à legislação vigente do Código do Consumidor, descumpriu o que determina o artigo 653 § 2º do RICMS/97, e o artigo 454 do RICMS/12, ou seja, a legislação tributária baiana. Assim, esclarece que o único lapso cometido não foi a falta de indicação dos dados dos cupons fiscais nas Notas Fiscais emitidas, como quer fazer crer a autuada.

Os citados artigos preceituam:

“O contribuinte 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 a emissão de nota fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.

§ 1º Na hipótese deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir nota fiscal na entrada das mercadorias, mencionando a quantidade e a descrição da mercadoria, 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 referida no inciso I 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;”

Anotam que não foi simplesmente falta de cumprimento da obrigação acessória como tenta caracterizar a empresa, mas a assinatura do comprador atestando a devolução da mercadoria é imprescindível, e o que comprova de fato a devolução.

Assim, após verificarem que não houve a comprovação efetiva da devolução, frisam que glosaram o crédito e a própria autuada admite que se utilizou dos dados do contribuinte do documento fiscal de saídas para efetuar devoluções fictícias, portanto, as operações de devolução dos produtos para criar uma situação do direito a utilização do crédito, diminuindo, assim, o valor do tributo a pagar.

Quanto ao princípio constitucional da não cumulatividade, observam que em nenhum momento

houve impedimento para utilização dos créditos fiscais, mas devido à comprovação efetiva de que as devoluções são fictícias, o autuado deixou de obter o direito à utilização dos créditos fiscais em questão, sendo a jurisprudência do CONSEF citada na impugnação, não aplicável ao presente caso, por se tratar de situação diversa da que cuida este processo.

No mérito, observam que o autuado não apresentou nenhum documento capaz de elidir o fato notório: serem os créditos indevidos.

Na infração 2, pontuam que a infração está caracterizada corretamente, basta se observar a emissão dos cupons fiscais constantes na mídia anexa à folha 121, arquivo espelho MFD_BE050769200004007770_08.781.6100001.81, todos os cupons foram emitidos sem tributação, todavia, no momento do enquadramento da multa, em vez de colocarem o item 1.3, ficou escrito somente 3, o que ocasionou o equívoco do valor da multa, transcrevendo o citado artigo.

Constatam ter o contribuinte se enquadrado no item 1.3, porque infringiu uma das características do item “a”, especificamente, utilizou programa que possibilite efetuar registro na escrita fiscal de dado divergente do constante em documento fiscal por ele emitido ou que possibilite omitir o lançamento do dado ou do documento e assim, concordam que aplicaram a multa equivocada de R\$13.800,00, quando deveria ser de R\$27.600,00(vinte e sete mil e seiscentos reais).

Colacionam espelho de cupom fiscal.

Quanto à infração 3, ratificam que foi observado o princípio da ampla defesa e do contraditório, entretanto considerando a dificuldade que o contribuinte alegou de entendimento, estão anexando em papel o “Demonstrativo da apuração do ICMS Substituição Tributária Devido”, especificado por nota fiscal, anexo A 2011 e 2012, assim como cópias dos Livros de Registro de Entradas e Saídas do mesmo devidamente autenticados e dados dos recolhimentos do ICMS da substituição tributária, que juntamente com o Demonstrativo mensal do ICMS a pagar da substituição tributária, Anexo “A1” 2011 e 2012, à folha 13, devidamente analisados, fica totalmente caracterizado o recolhimento a menor do ICMS por antecipação tributária.

Na infração 4 rememoram ter o contribuinte utilizado o crédito das mercadorias sujeitas à substituição tributária, das notas fiscais especificadas no demonstrativo denominado “Demonstrativo da apuração do ICMS Substituição Tributária Devido”, detalhado por nota fiscal, anexo “A” 2011 e 2012 apenso, e conforme comprovado no Livro de Registro de Entradas (cópia autenticada), a utilização do devido crédito, e cujas saídas não foram tributadas como constatado no Livro de Registro de Saídas (cópia autenticada) e espelhos dos cupons fiscais (por amostragem) em papel e Espelho da LMF - Leitura de Memória Fita Detalhe em mídia (CD) anexado à folha 121 do Auto de Infração.

Registraram o reconhecimento e pagamento da infração 5.

Pelos motivos expostos, mantêm a autuação.

Cientificada do teor da informação fiscal, a autuada retorna ao processo às fls. 241 a 249, no qual basicamente repete as arguições defensivas postas anteriormente, destacando que trouxe naquela peça apresentada todas as informações necessárias para o esclarecimento da lide e em relação à infração 1, rechaça a afirmação dos autuantes de que teria manipulado documentos fiscais e forjado operações de devolução.

Para a infração 3, aponta a existência de erro nos demonstrativos elaborados de fls. 121 a 127, solicitando esclarecimentos acerca dos cálculos realizados e que embasaram a autuação, bem como a elaboração de novo demonstrativo que contenha o cálculo correto do ICMS devido nas operações.

Já na infração 4, reafirma que embora não tenha recolhido o imposto devido pelas entradas, o fez em relação às saídas de mercadorias.

Em nova intervenção, os autuantes às fls. 253 a 255, frisam em relação à infração 1, que a autuada

insiste em ratificar as operações de devolução, inclusive com inverdades, alegando que os autuantes a acusam de manipular documentos fiscais, em relação à qual transcrevem trecho da informação fiscal anterior à folha 123: “*o autuado forjou as operações de devolução dos produtos para criar uma situação do direito a utilização do crédito, diminuindo, assim, o valor do tributo a pagar.*”

Ressaltam que se as operações de devolução não foram comprovadas como determina a legislação baiana, entendem que as mesmas não ocorreram, ou seja, foram forjadas (fictícias; inventadas).

Argumentam que cabe à autuada provar que as operações ocorreram realmente, ou seja, a prova inequívoca da devolução e cumprir o que determina o artigo 653 parágrafo 2º do RICMS/97 e o artigo 454 do RICMS/12, obter na nota fiscal de entrada ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade, sendo que a apresentação da nota fiscal de entrada correlacionando com o cupom fiscal, não altera a infração, pois não elide a falta de provas da concreta realização da operação.

Quanto à infração 4 esclarecem que em relação ao demonstrativo mensal do ICMS a pagar por substituição tributária conforme Anexo A1 de fls. 13 e 14, o valor do imposto pago, é realmente de R\$482,83 para mês de janeiro de 2011, pois se trata do imposto apurado em janeiro de 2011 e pago em fevereiro de 2011, pois consideraram corretamente o mês da apuração e assim devem proceder com os demais sucessivamente, a se verificar pelos espelhos dos DAE's (Documentos de Arrecadação Estadual), anexos as folhas 256 a 259.

Em relação à alegação de erro, o qual fora abatido o crédito na base de cálculo da antecipação tributária, realmente houve erro na fórmula do programa Excel que corrigiram e refizeram novo “Demonstrativo da apuração do ICMS substituição tributária devido” (evidenciado por nota fiscal), Anexo A, e novo “demonstrativo mensal do ICMS a pagar substituição tributária” (Anexo A1), acostados às fls. 260 às 274.

Na infração 5, apontam que as evidências comprovam que nas saídas das mercadorias foram utilizados os créditos citados, não foram tributadas conforme constatado no Livro de Registro de Apuração do ICMS (cópia autenticada), nas saídas, às folhas 20, 22, 24, 26, 28, 30, 32, 34, 36, 38, 40 e 42 no campo Codificação Fiscal (5.403), combinado com campo ICMS Valores, e na mídia (CD) anexada à fl. 25, em arquivo espelho dos cupons fiscais, Espelho da LMFD – Leitura de Memória Fita Detalhe do Emissor de Cupom Fiscal (ECF) MFD_BE050769200004007770 – 08.781.6100001.81>TXT.

Assim sendo, após a retificação devida na infração 3, apresentam novo Demonstrativo de débito, em anexo e mantêm a autuação.

Mais uma vez intimado, o contribuinte retorna aos autos às fls. 278 a 282, indicando na infração 1 ser permitido ao consumidor final efetuar a troca ou devolução de mercadorias em qualquer uma de suas lojas, bastando tão somente a apresentação da mercadoria em perfeito estado e com a etiqueta fixada, além do Cupom Fiscal recebido por ocasião da compra da mercadoria.

Ocorre que muitas vezes o cliente não possui o respectivo Cupom Fiscal, sendo realizada a troca através da identificação no sistema único da compra realizada, visando identificar os dados do documento de origem para fins de emissão da correspondente Nota Fiscal de entrada da mercadoria devolvida.

No presente caso, reconhece que o único lapso cometido foi a falta de indicação dos dados dos Cupons Fiscais nas Notas Fiscais de entrada emitidas, caracterizando mero descumprimento de obrigação acessória, e muito embora tal fato tenha ocorrido, os documentos fiscais relativos às respectivas saídas originais, tais operações de fato aconteceram, conforme demonstrado na planilha eletrônica acostada aos autos, na qual foi feita a correlação entre as Notas Fiscais de entrada e os respectivos Cupons Fiscais correspondentes à saída original, conforme

exemplificado abaixo:

NF de Entrada Devolução			CUPOM FISCAL REFERENTE À VENDA ORIGINAL						
NF_NUMERO	NF_EMISSAO	CODIGO_FILIAL	TICKET	COO	DATA_VENDA	CODIGO_CLIENTE	PRODUTO	ITEM	
6	09/02/2012	027	20445	47	09/02/2012	90243692587	24.01.0039	0001	
6	09/02/2012	027	20445	47	09/02/2012	90243692587	02.06.0014	0002	
6	09/02/2012	027	20445	47	09/02/2012	90243692587	02.17.2552	0003	
6	09/02/2012	027	20445	47	09/02/2012	90243692587	25.05.0033	0004	
7	09/02/2012	027	18360	28605	18/11/2011	94791201515	13.04.1973	0001	
8	10/02/2012	027	19383	30140	31/12/2011	02091803588	03.01.0258	0002	
8	10/02/2012	027	19383	30140	31/12/2011	02091803588	01.05.1303	0003	
8	10/02/2012	027	19383	30140	31/12/2011	02091803588	07.02.2433	0001	
9	10/02/2012	034	13538	149	06/01/2012	65548760572	13.05.0246	0002	
12	10/02/2012	027	20085	30986	23/01/2012	85620467520	13.04.2048	0002	
13	10/02/2012	027	20218	31148	28/01/2012	88635201515	03.07.0342	0001	
15	10/02/2012	027	19789	30622	11/01/2012	82642567591	07.02.2622	0001	
16	11/02/2012	027	20471	103	10/02/2012	82832366520	09.01.0631	0002	

Frisa que no caso ora combatido, não há dúvidas de que as operações de troca ocorreram e que não houve falta de pagamento de tributo ou qualquer embaraço à Fiscalização, sendo incabível a glosa dos créditos de ICMS procedida pelo Fisco que por mero descumprimento de obrigação acessória (no tocante aos dados da nota fiscal de entrada), deixou de considerar os créditos de ICMS legitimamente apropriados.

Menciona que em casos idênticos o CONSEF tem decidido pela improcedência da autuação quando o contribuinte, ainda que não tenha cumprido a obrigação acessória nos estritos termos regulamentares, comprove a existência das operações que deram origem às devoluções, conforme foi feito, trazendo como paradigma os Acórdãos CJF 0260-12/15, CJF 0313-12/15 em suas Ementas.

Nota que nos exemplos de jurisprudência citados, os Julgadores reconhecem ter havido simples descumprimento de obrigação acessória, para o qual sequer existe previsão de penalidade, restando claro, portanto, que o Auto de Infração em voga é indiscutivelmente improcedente, posto que ocorreram inconsistências banais que sequer foram apontadas no momento da transmissão dos respectivos arquivos magnéticos, que não justificam a exigência de estorno dos créditos de ICMS legitimamente apropriados.

Para a infração 3, informa que concorda com as alterações realizadas no novo “Demonstrativo da apuração do ICMS substituição tributária devido” apresentado pelos autuantes, eis que entende que o cálculo do imposto está correto.

Requer que se acolha a presente manifestação, para considerar totalmente improcedente a Infração 1 do Auto de Infração lavrado, cancelando-se o crédito tributário com a consequente determinação do arquivamento do feito.

Solicita que todas as intimações relativas ao presente processo sejam feitas ao seu representante legal no endereço indicado.

Em nova manifestação (fls. 288 a 289) um dos autuantes rebate a argumentação da defesa na infração 1, reiterando que a autuada não cumpre os requisitos do RICMS/97 para devoluções porque não quer, já que dispõe de toda a informação necessária em seu sistema, deixando transparecer não saber quais os requisitos necessários para uma devolução quando afirma que “*o único lapso cometido foi a falta de indicação dos cupons fiscais nas notas fiscais de entrada emitidas...*”.

Fala serem os requisitos claros e muito mais exigentes: obter na nota fiscal de entrada ou em documento apartado, declaração assinada pelo consumidor que efetuar a devolução com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade, sendo os dados do cupom fiscal de venda apenas um dos requisitos.

Diz não haver explicação da não execução dos procedimentos exigidos na legislação para que

possa aproveitar o crédito, e esses requisitos não são “*mero descumprimento de obrigação acessória*”, ao contrário, são condições necessárias ao aproveitamento do crédito por fornecer ao Fisco um mínimo de credibilidade de que houve realmente uma devolução.

Aduz que havendo devolução, necessária a manifestação de próprio punho do adquirente expondo as razões da devolução e sua perfeita identificação. Não havendo essa exigência, poderia haver falsas devoluções com notas de entradas sendo facilmente relacionadas com as notas de saída, porque seus dados estão em poder de quem as emitiu e qualquer crédito deve ser muito bem documentado e demonstrado. Os créditos provenientes das devoluções impactam no imposto recolhido, merecendo todas as cautelas possíveis para serem validados. Esses requisitos não são meras obrigações acessórias. Eles garantem um mínimo de legitimidade a esses créditos e não podem ser afastados. A legislação exige e não há explicação plausível para o não cumprimento pela autuada.

Não acolhe o argumento da autuada em afirmar que “*não há dúvidas de que as operações de troca ocorreram e que não houve falta de pagamento de tributo...*”, uma vez que não apresentou em nenhum momento provas de que as trocas realmente ocorreram, e estas seriam os requisitos que não cumpriu, assegurando que não há desconfiança das saídas, mas as entradas resultantes de devoluções devem ser inequivocamente demonstradas pelos documentos exigidos na legislação.

Aponta que nos exemplos apresentados como decisão do CONSEF, todas as autuadas provaram que “*as devoluções das mercadorias foram efetivamente levadas a efeito*”, coisa que o contribuinte, no caso em tela, não conseguiu desincumbir-se.

Quanto à infração 3, indica ter sido acatada pelo contribuinte após os ajustes efetuados, e sendo assim, devido à toda a argumentação apresentada, espera que a infração 1 seja considerada procedente.

Mais uma vez científica, a autuada se manifesta (fls. 293 a 295), repriseando a argumentação já posta para a infração 1, reconhecendo que deixou de observar alguns requisitos estabelecidos no artigo 653, do RICMS/97, como, por exemplo, não indicou no seu relatório de troca de mercadoria a declaração assinada da pessoa que efetuou a devolução e/ou o motivo da devolução, ou ainda a espécie e o número do documento de identidade da pessoa que trocou a mercadoria e/ou, além de não ter indicado os dados dos Cupons Fiscais nas Notas Fiscais emitidas (de devolução).

Argumenta que o atendimento parcial dos requisitos estabelecidos no artigo 653 do RICMS/BA, não têm o condão de desfigurar a operação de devolução de mercadoria, nem de classificá-la como inidônea, uma vez que o controle exigido pelo Fisco para validação das operações foi realizado e as notas fiscais de entrada das mercadorias recebidas em troca foram devidamente emitidas.

Frisa que o direito ao crédito não pode ser afastado por mero descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que a obrigação principal foi plenamente atendida, sendo incabível a exigência de imposto e multa. Logo, no caso em tela, deveria ter sido aplicada no máximo multa por descumprimento de obrigação acessória.

Com o intuito de corroborar o entendimento acima, destaca trecho da decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal em processo idêntico de empresa do mesmo Grupo da empresa autuada, no Acórdão CJF 0116-12/17, no qual foi a afastada a exigência do imposto e multa, para aplicar apenas multa pelo descumprimento de obrigação acessória.

Por tais razões, requer provimento a impugnação, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente, para que seja exigida somente a multa por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do artigo 42, inciso XXII, da Lei 7.014/96 na infração 1.

À fl. 300 um dos autuantes dá como cumprida a “diligência” de fl. 288 e sugere o encaminhamento para julgamento.

Constam às fls. 301 e 302 extratos de pagamento relativos à parte do lançamento.

Presente na sessão de julgamento, representante da empresa autuada ratificou os termos da defesa já expostos ao longo do lançamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, das quais foram objeto de impugnação as de número 1 a 4, sendo a infração 5 reconhecida.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso. Por tais razões, inexistem questões preliminares a serem analisadas.

Quanto ao pedido de diligência solicitado pela defesa, esclareço que o mesmo resta prejudicado, pois ao curso de quase dois anos, autuantes e autuada puderam se manifestar e contrapor seus argumentos, trazer dados e elementos a favor de cada um deles e debater incessantemente a matéria, razão inclusive para que somente agora o Auto de Infração tenha chegado a este Órgão para fins de julgamento. Além disso, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, nego a mesma não somente pelo fato acima mencionado, como de igual forma pela presença dos elementos necessários à convicção para o deslinde do feito.

Quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei nº 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Desta forma, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF, oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário a algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

No mérito, a infração 5 foi reconhecida pelo sujeito passivo desde o primeiro momento da autuação e se encontra fora da lide, vez que tida como procedente. Já a infração 03, se num primeiro momento o contribuinte se insurge sob a alegação de desconhecimento dos critérios e cálculos utilizados pelos autuantes, estes, de maneira resolutiva apresentam os demonstrativos que culminaram com o lançamento, acatado pelo contribuinte.

Na infração 1, que desencadeou os maiores debates no feito, o sujeito passivo não nega a

desobediência às normas regulamentares, apenas e tão somente defende que tal prática não implica na desconsideração dos créditos fiscais apropriados, no que foi refutada pelos autuantes, que se firmam na autuação, mantendo-a.

A previsão normativa acerca dos procedimentos a serem adotados para as devoluções se encontra no artigo 653, § 2º do RICMS/97, exigindo indicação dos documentos fiscais de venda originários, além da assinatura dos clientes que estão a devolver as mercadorias, bem como o motivo da devolução, dentre outros.

A empresa autuada muito embora reconheça não ter cumprido de forma integral o comando normativo, argumentando através de documentos e planilhas que não colhe a assinatura dos clientes que devolvem as mercadorias, sendo tal fato indiscutível, pugna pela aplicação de penalidade de natureza acessória, trazendo precedentes deste Conselho de Fazenda.

Certo é que em tal ramo de atividades, as trocas e devoluções são uma prática constante e usual, daí a necessidade de os contribuintes atentarem em cumprir a legislação de forma integral, o que não é o caso da empresa autuada.

A respeito das decisões trazidas pela defesa, esclareço que embora a primeira instância deste Conselho venha se posicionado pela manutenção de autuações em tais casos semelhantes ao presente, as Câmaras de Julgamento Fiscal têm se posicionado no sentido de que a prática adotada pela empresa autuada, desde que devidamente documentada, apenas e tão somente enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Como exemplo, posso mencionar os Acórdãos CJF 0329-12/17, 0310-12/17, 0303-11/17 e 0116-12/17.

O Acórdão CJF 0329-12/17 acima citado, assim traz em trecho do voto condutor:

“Quanto a infração 2, prevê a hipótese de utilização de crédito fiscal de ICMS nos casos de devoluções realizadas por consumidores finais, pessoa física, mediante comprovação e cumprimento das obrigações legalmente previstas, senão vejamos:

‘Art. 653. O estabelecimento que receber, em virtude de garantia, troca, inadimplemento do comprador ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de Nota Fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.

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

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

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

§ 2º Nas hipóteses deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir Nota Fiscal, na entrada das mercadorias, mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;

II - obter, na Nota Fiscal (entrada) referida no inciso anterior ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;

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

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

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

Portanto, entendo que as NFC-e e as notas fiscais de entrada emitidas acostadas à peça de defesa são elementos que comprovam a devolução efetiva das mercadorias vendidas pela recorrente haja vista que

indicam que as mesmas mercadorias foram objeto de venda subsequente ao mesmo cliente da primeira venda realizada. Vejam que as mercadorias objeto das referidas vendas são móveis cujas aquisições não são realizadas mais de uma vez, em tamanho espaço de tempo. As declarações firmadas pelos adquirentes apesar de ser um requisito presente em regulamento, no presente caso tornou-se dispensável para efetiva comprovação da devolução visto que a recorrente trouxe como prova, notas fiscais de entrada (devolução da mercadoria) fazendo constar no campo Observações Complementares os dados do documento de origem, documentos fiscais de venda (NFC-e), tanto o original emitido como em operação subsequente, ambos constando o nome e endereço dos clientes adquirentes, de forma a permitir que façamos a devida análise da devolução efetiva.

A autoridade fiscal precisaria trazer ao processo indícios de má fé nas operações envolvendo as devoluções registradas, já que não se mostra razoável excluir todas as notas fiscais emitidas no período. Este elemento de prova demandaria uma operação de circularização entre os clientes, o que não ocorreu.

Assim sendo, para os fatos geradores não abarcados pela decadência é de direito o crédito do ICMS nas devoluções de mercadorias realizadas pelo consumidor final. Entretanto, considerando que ficou caracterizado o descumprimento do art. 454, § 1º, inciso II do RICMS/12 (falta de assinatura do cliente em documento de devolução) ...”.

Destaco ainda, no Acórdão CJF 0116-12/17 trazido pela defesa e relativo a empresa com mesma atividade da autuada, o seguinte trecho do voto proferido pela então Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa, vencedor do mesmo:

“Efetivamente, restou descaracterizado o descumprimento da obrigação principal apontada, contudo, o autuado deixou de atender ao previsto no inciso II do § 1º do artigo 454 do RICMS/12, ‘como bem assinalado no voto condutor, ao deixar de “obter, na nota fiscal referida no inciso I ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução (...)”.

Nessa hipótese, há de ser observado o disposto no artigo 157 do RPAF/99 que possui a seguinte dicção: ‘Verificada a insubstância de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente’.

Como não há uma penalidade prevista para essa específica conduta irregular, deve ser aplicada a multa estabelecida no inciso XXII do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, apenas uma vez ...”

(...) Após essa digressão, verifico, como dito alhures, que foi constatada, nestes autos, a ocorrência de uma conduta do contribuinte em desacordo com a norma regulamentar, embora não haja uma penalidade prevista expressamente para essa irregularidade na Lei nº 7.014/96.

Não obstante isso, embora cause estranheza a existência na lei de uma penalidade inespecífica (Lei nº 7.014/96, inciso XXII), o que contraria toda a sistemática de penas, este Conselho Administrativo não pode se furtar a aplicá-la ao caso concreto, sob pena de desobediência ao disposto no inciso III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), abaixo transrito:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Em conclusão, considerando que ficou caracterizado o descumprimento à regra do inciso II do § 1º do artigo 454 do RICMS/12 (pela falta de assinatura do consumidor), deve ser aplicada, de ofício, a multa indicada no inciso XXII da Lei nº 7.014/96, com fundamento no artigo 157 do RPAF/99, que prevê que ‘Verificada a insubstância de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente Procedente’.

Desta maneira, em consonância com tal entendimento, ainda que eventualmente possa discordar do mesmo, tal como as demais decisões reformadas, julgo a infração 01 parcialmente procedente, com a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00”.

Assim, diante do entendimento das Câmaras de Julgamento Fiscal cujo melhor exemplo se encontra acima exposto, julgo a infração parcialmente procedente, com aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00.

Na infração 2, o contribuinte não a contesta diretamente, aceitando a conduta que lhe foi imputada. Apenas se insurge contra a aplicação da multa no valor indicada, entendendo equivocada, bem como o seu enquadramento, o que foi acolhido pelos autuantes.

Isso por que da leitura do relato feito na autuação, além dos artigos infringidos e da penalidade

aplicada, constata-se conforme apontado pela defesa, aparente falta de correlação entre eles, o que foi devidamente esclarecido pelos autuantes, ao firmarem posição de que indicaram o item errado da Lei, (3), ao invés de 1.3, o que ocasionou a discrepância.

Fato é que a penalidade prevista para a alínea “b”, item 1.3 do inciso XIII-A, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, deverá ser aplicada nos casos de utilização de “programa aplicativo ou outro programa de processamento de dados com pelo menos uma das características indicadas na alínea “a” deste inciso, aplicada a penalidade por cada programa”, sendo a multa determinada a de R\$27.600,00, a ser aplicada ao contribuinte, ao passo que aquela apontada no lançamento foi em valor inferior e indevidamente enquadrada.

Se por um lado cabe ao julgador a aplicação correta da multa, neste caso em particular temos duas questões a analisar. Uma é a de que existe discrepância entre a conduta do sujeito passivo e a imputada no lançamento, bem como na valoração da multa a ser aplicada.

Caso acolhesse a argumentação dos autuantes de que se equivocaram na indicação do item que enquadraria a conduta irregular do contribuinte alterando a multa para maior, se estaria prejudicando o contribuinte, o qual precisa ter pleno conhecimento daquilo de que é acusado, o que não ocorre no presente caso.

Desta forma, claro está a presença de motivo para a decretação da nulidade da mesma, diante da inequívoca insegurança na determinação da infração, o que se enquadra na hipótese prevista no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, não se podendo no presente caso se aplicar o teor do § 1º do mesmo artigo, vez que o erro não foi meramente de forma e sim de conteúdo, motivo pelo qual julgo a infração nula, ao tempo em que recomendo à autoridade competente a análise da possibilidade de refazer a ação fiscal quanto a este aspecto.

Quanto à infração 3, consoante já relatado, a mesma se reporta a cálculo efetuado a menor do valor do imposto a ser recolhido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação. O demonstrativo da mesma se encontra às fls. 197 a 211.

A defesa, ao apontar erros nos cálculos, solicita na peça defensiva a elaboração de novo demonstrativo a salvo de tais falhas, no que foi atendida pelos autuantes, em sede de informação fiscal, razão pela qual, inclusive ao tomar conhecimento dos novos cálculos não mais se manifestou a respeito, o que implica em sua tácita aceitação, nos termos regulamentares.

Por outro lado, ao analisar as planilhas elaboradas na informação fiscal, diante do clamor do contribuinte, constato que os erros cometidos foram sanados, sendo apontados os valores correspondentes aos fatos apurados, motivo pelo qual me alio aos montantes ali indicados e julgo a infração procedente em parte, no valor de R\$15.097,83, de acordo com demonstrativo elaborado pelos autuantes e inserido às fls. 260 a 271:

2011	VALOR DEVIDO
JANEIRO	1.440,96
MARÇO	425,07
ABRIL	928,64
MAIO	425,05
JUNHO	6.480,06
AGOSTO	170,23
SETEMBRO	123,98
OUTUBRO	2.109,87
DEZEMBRO	22,07
TOTAL	12.125,93
2012	
JANEIRO	2.379,98
MARÇO	591,92
TOTAL	2.971,90
TOTAL GERAL	15.097,83

A infração 4 versa sobre a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no que o sujeito passivo alegou que se utilizou do crédito, tributou as mercadorias pelas saídas, o que conduziria a anulação dos créditos, tendo os autuantes alegado ter o contribuinte utilizado o crédito das mercadorias sujeitas à substituição tributária das notas fiscais especificadas no demonstrativo denominado “Demonstrativo da apuração do ICMS substituição tributária devido”, detalhado por nota fiscal, anexo “A” 2011 e 2012, anexado, e conforme comprovado no livro de Registro de Entradas (cópia autenticada), a utilização do devido crédito, cujas saídas não foram tributadas como constatado no livro de Registro de Saídas e espelhos dos cupons fiscais (por amostragem) em papel e Espelho da LMFD - Leitura de Memória Fita Detalhe em mídia (CD) anexado à folha 121 do Auto.

De fato, na forma apresentada nos livros fiscais, clara está a utilização do crédito fiscal, prática não negada pelo sujeito passivo, todavia não se constata a tributação dos mesmos produtos por ocasião das saídas consoante alegação defensiva, o que a desmonta inclusive de certo momento processual em diante. Frente à demonstração trazida pelos autuantes, à empresa não mais se manifesta sobre esta infração.

Desta maneira, devidamente comprovada a prática contida na acusação fiscal, incorreta pelo fato da substituição tributária total encerrar a fase de tributação das mercadorias, não possibilitando ao seu adquirente a apropriação de qualquer crédito fiscal a ela relativo, a infração é julgada procedente, no montante de R\$36.470,86.

Quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei nº 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Desta forma, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF, oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para dentre outras finalidades encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário a algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, julgo o lançamento procedente em parte, conforme demonstrativo abaixo:

Infração 01 Procedente em Parte no montante de R\$ 460,00

Infração 02 Nula

Infração 03 Procedente em Parte em R\$ 15.097,83, multa de 60%

Infração 04 Procedente em R\$ 36.470,86, multa de 60%.

Infração 05 Procedente em R\$ 49.779,99, e multa de 100%.

VOTO DIVERGENTE (Infração 1)

Peço vênia ao colega Relator para divergir quanto à infração 1, referente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, nos meses de março, julho a dezembro de 2011, janeiro e fevereiro de 2012.

Devolução trata de desfazimento de operação, e dessa forma deve corresponder aos elementos da operação de entrada, mesma descrição do produto, mesmo valor do item, mesma base de cálculo e mesma alíquota do ICMS.

Apenas nas devoluções de mercadoria por pessoa não obrigada a emitir o documento fiscal, o vendedor deverá emitir a nota fiscal de entrada, na forma prevista no Art. 653 do RICMS/2012.

Para que haja o creditamento da mercadoria recebida em virtude de troca ou de desfazimento do negócio, entendo que seja condição indispensável a prova inequívoca da devolução. Deste modo, o contribuinte deverá obter na nota fiscal de entrada 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 documento de identidade.

A partir daí, o sujeito passivo deve efetuar o lançamento da nota fiscal de entrada no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas “ICMS – Valores Fiscais” e “Operações com crédito do imposto”, quando for o caso, a que será lançado na Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Neste sentido, da necessidade da prova inequívoca da mercadoria, a Secretaria da Fazenda, por meio da DITRI - Diretoria de Tributação, já se manifestou em Pareceres quanto ao procedimento a ser adotado pelo contribuinte, tais como Parecer nº 13643 de 10/08/2009, publicado no DOE na mesma data.

Na presente lide, constato que a sociedade empresária justifica que por um lapso cometido, não indicou os dados dos cupons fiscais nas Notas Fiscais de Entrada emitidas, o que caracterizaria mero descumprimento de obrigação acessória. Assevera ainda que tais operações de fato aconteceram, conforme demonstrado na planilha eletrônica acostada aos autos, na qual foi feita a correlação entre as Notas Fiscais de Entrada e os respectivos cupons fiscais correspondentes à saída original, na qual exemplifica:

NF de Entrada Devolução			CUPOM FISCAL REFERENTE À VENDA ORIGINAL						
NF_NUMERO	NF_EMISSAO	CODIGO_FILIAL	TICKET	COO	DATA_VENDA	CODIGO_CLIENTE	PRODUTO	ITEM	
6	09/02/2012	027	20445	47	09/02/2012	90243692587	24.01.0039	0001	
6	09/02/2012	027	20445	47	09/02/2012	90243692587	02.06.0014	0002	
6	09/02/2012	027	20445	47	09/02/2012	90243692587	02.17.2552	0003	
6	09/02/2012	027	20445	47	09/02/2012	90243692587	25.05.0033	0004	
7	09/02/2012	027	18360	28605	18/11/2011	94791201515	13.04.1973	0001	
8	10/02/2012	027	19383	30140	31/12/2011	02091803588	03.01.0258	0002	
8	10/02/2012	027	19383	30140	31/12/2011	02091803588	01.05.1303	0003	
8	10/02/2012	027	19383	30140	31/12/2011	02091803588	07.02.2433	0001	
9	10/02/2012	034	13538	149	06/01/2012	65548760572	13.05.0246	0002	
12	10/02/2012	027	20085	30986	23/01/2012	85620467520	13.04.2048	0002	
13	10/02/2012	027	20218	31148	28/01/2012	88635201515	03.07.0342	0001	
15	10/02/2012	027	19789	30622	11/01/2012	82642567591	07.02.2622	0001	
16	11/02/2012	027	20471	103	10/02/2012	82832366520	09.01.0631	0002	

Da análise do quadro apresentado, constato que apenas foi trazida a indicação da nota de entrada relativa à devolução, correlacionada com o cupom fiscal referente à venda original. Observo que nas Notas Fiscais nº 07 e 08, as vendas teriam sido realizadas em novembro e dezembro de 2011, com devolução em 10/02/2012, ou seja, passados mais de 30 (trinta) dias da venda, fato que foge à prática comercial e inclusive ao prazo de aceitação de devolução, que ocorre em algumas legislações estaduais, a exemplo de São Paulo. Em outras situações, tais como na Nota Fiscal de Entrada, nº 06, o cupom fiscal de venda teria sido emitido na mesma data, em 09/02/2012, sem justificativas. Em nenhum momento restou comprovada a efetiva devolução da mercadoria para

ensejar o uso do crédito fiscal, pois tal planilha não serve para o propósito de amparar o creditamento aqui glosado.

Ressalto que a única prova apresentada pelo autuado foi o quadro comparativo acima, sem que trouxesse ao PAF a prova inequívoca das devoluções, para amparo da utilização dos créditos fiscais.

Saliento que em sendo o ICMS um imposto que obedece à sistemática de débito-crédito, pelo princípio da não cumulatividade, falar-se em crédito fiscal impõe obediência estrita ao comando regulamentar. Portanto, entendo que não há como permitir que o contribuinte faça uso de crédito fiscal, sem que adote os procedimentos previstos que amparam a sua legitimidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto às infrações 2 a 5 e não unânime em relação à infração 1, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298057.0006/15-1 lavrado contra **SIUFHUS COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA. (ANIMALE) – EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$101.348,68**, acrescido da multa de 60% sobre R\$51.568,69 e 100% sobre R\$49.779,99, previstas no art. 42, incisos II, “d”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XXII, da mesma lei e artigo já citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores reconhecidos e recolhidos pela autuada pelo órgão fazendário competente.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/VOTO DIVERGENTE
(Infração 1)

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR