

A. I. Nº - 298576.0017/17-1
AUTUADO - PLASCHIO PLÁSTICOS CHIACCHIO LTDA.
AUTUANTE - LUIS CARLOS MOURA MATOS
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/07/2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0097-02/18

EMENTA: ICMS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL POR NÃO HAVER ENTRADO NO ESTABELECIMENTO AS MERCADORIAS. No retorno de mercadorias decorrentes de devoluções, o contribuinte tem direito ao crédito do imposto. Parte da acusação foi elidida pelo Autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração foi lavrado em 07/12/2017 exigindo o ICMS no valor histórico de R\$91.060,08, acrescido de multa de 150%, decorrente da seguinte acusação:

INFRAÇÃO 1 – 01.02.10 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. Enquadramento legal: Art. 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 e multa aplicada conforme Art. 42, inc. V, alínea “b” da citada Lei.

Cientificado da autuação e intimado a proceder ao recolhimento do imposto reclamado, em 08/12/2017 a Autuada apresenta defesa administrativa, apensada aos autos às fls. 20 a 30.

Relata os fatos, a acusação e menciona a tempestividade da defesa. Inicialmente faz uma breve análise sobre os conceitos de “devolução de venda” e “recusa ou mercadoria não entregue”, com o objetivo de demonstrar a ilegalidade da atuação.

Aduz que para efeito de aplicação da legislação, as operações denominadas "mercadoria não entregue" e "devolução de mercadorias" não se confundem. Isso porque, a devolução pressupõe necessariamente que a mercadoria tenha sido entregue ao destinatário, com a consequente escrituração da Nota Fiscal que acobertou a operação.

Destaca que a devolução ocorre quando, por qualquer motivo, a mercadoria é devolvida para o remetente (vendedor). Neste caso, o destinatário (cliente) da mercadoria promove a sua devolução, emitindo nota fiscal de devolução, anulando, assim, os efeitos da operação anterior (venda), por isso mesmo, nessa operação deverá ser aplicada a mesma tributação constante na operação original. Na operação de “retorno de mercadoria não entregue”, a mercadoria nem chega a ser recebida pelo destinatário em virtude de alguma irregularidade. No retorno, deverá ser declarado pelo transportador ou pelo próprio destinatário, o motivo da não entrega da mercadoria no verso do documento que acobertou a venda.

Afirma que a Empresa foi autuada de forma irregular, vez que o Autuante, sem qualquer fundamento, não considerou as notas fiscais com as recusas, e principalmente as notas fiscais emitidas pelos clientes, devolvendo as mercadorias. Simplesmente alegou que a totalidade das devoluções ou retornos, não teria dado entrada no estabelecimento da empresa. Registra situações comprovadas, por exemplo, em que o cliente recebeu a mercadoria, e posteriormente verificou algum problema ou divergência, emitindo nota fiscal própria e enviando as mercadorias de volta para a empresa, revelando absurda a autuação, porque não existe a figura da recusa da venda. Requer que as referidas notas sejam excluídas do auto.

Afirma que as devoluções em que há a recusa dos clientes, também devem ser excluídas da cobrança.

Considera que no caso em comento houve emissão de notas fiscais pelos clientes devolvendo as mercadorias e notas fiscais com recusas. Portanto, não há que se falar em utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, ficando evidenciado que o Auto de Infração em tela, nitidamente extrapolou os limites da proporcionalidade, configurando verdadeiro excesso do Poder de Polícia.

Junta à defesa em arquivo eletrônico o Anexo I, contendo cópias de notas fiscais segregadas em: a) “Notas fiscais de devolução de clientes anos 2013 e 2014”; b) “Notas fiscais de devolução de clientes anos 2015”; e, c) “Notas fiscais de devolução de PLASCHIO de 2013 a 2015”.

Frisa que o Decreto nº 7.629/1999, prevê os princípios de direito que devem ser perseguidos no processo administrativo fiscal, com destaque aos princípios da verdade real e da ampla defesa, requerendo que os julgadores devem perquirir a verdade fática, abstraindo a versão unilateral do Autuante, notadamente para combater eventuais excessos decorrentes do exercício do Poder de Polícia Administrativa e que a penalidade somente deve ser aplicada à luz de documentos comprobatórios da suposta infração.

Ressalta que o Decreto-Lei n.º 2.609, de 20 de outubro de 1940, no art. 6º, parágrafo 1º, determina que *“o dever dos fiscais é instruir o contribuinte, tendo presente que o auto é medida extrema a ser usada somente quando apurada defraudação voluntária da receita pública e jamais para punir a ignorância ou erro que, pela evidente boa-fé, mereça ser corrigido, sem o castigo da multa”*.

Cita a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, para justificar que como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas por lei, quanto à competência, à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto. Quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei, em uma relação de inquestionável subsunção.

Explica que regras básicas a serem respeitadas pela fiscalização são: a) a necessidade, em consonância com a qual medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ou interesse público; b) a da proporcionalidade, que significa a exigência de uma delação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado; e, c) eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público. Por isso mesmo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei.

Afirma que por tudo quanto esclarecido, conforme documentos anexados, a persistência do lançamento se apresenta como desproporcional, já que efetivamente não atende ao interesse público, mas somente pode vir a gerar ruína da pessoa jurídica envolvida.

Reitera que o auto de infração deve ser medida extrema, jamais punir a ignorância ou erro que pela evidente boa-fé, mereça ser corrigido sem o castigo da multa, e destaca o princípio da razoabilidade, que deve nortear os procedimentos adotados pela Administração Pública, citando o jurista Celso Antônio Bandeira de Melo.

Lembra que discricionariedade destina-se a evitar a adoção de providências pré-estabelecidas, rígidas e imutáveis, por isso mesmo incapaz de atender aos anseios do interesse público, não podendo lastrear a adoção de providências bizarras, desarrazoadas e injustificáveis, que contrariem o espírito da lei e imponha situação que não seria admitida se examinada por pessoa prudente, que considerasse os diversos aspectos e partes atingidas pela edição do ato.

Diz que resta claro, que além dos vícios de natureza constitucionais e ordinárias, também houve por parte do Autuante, excesso do poder de polícia, devendo ser este reparado pela defesa, e que a violação ao princípio da razoabilidade, bem como o excesso do poder de polícia, está evidente,

vez que enquanto o Autuante fez constar o total da infração no valor de R\$91.060,08, entende como correta, com base nos documentos apresentados, apenas R\$37.733,20.

Conclui requerendo a improcedência total da multa quanto às operações tributárias, notadamente com fundamento na boa-fé da Autuada, nos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, considerando os documentos apresentados na defesa e fundamentos jurídicos invocados.

Pugna pela procedência parcial do crédito tributário, atribuindo como devida apenas a diferença incontroversa apontada na defesa, arquivando-se o Auto de Infração após o pagamento da diferença apontada.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 34 a 37, inicialmente transcrevendo parte da defesa apresentada, para em seguida argumentar conforme segue.

Diz que a Autuada informa de forma genérica que concorda com a procedência parcial da autuação, não sendo específico em quais notas fiscais, e faz conceitos de devolução de venda, recusa ou mercadoria não entregue.

Ressalta que o autuado foi intimado (fl. 38), diante de um elevado crédito fiscal referente a devoluções de vendas, a apresentar as devidas devoluções como determina a legislação tributária e que o mesmo apresentou “*notas de devolução que estavam em total acordo com a legislação. No entanto, as devoluções presentes neste PAF não foram objetos de defesa e nem comprovadas quando da intimação.*”.

Descreve o conteúdo dos artigos 450, 451, 452 e 455 do RICMS/BA – Decreto nº 13.780/2012, para argumentar que fica evidente o descumprimento dos procedimentos legais, tornando indevida a utilização destes créditos fiscais de notas de devolução, de recusa das vendas ou mercadorias não entregues, as quais não foram apresentadas mesmo após intimação.

Conclui opinando pela procedência do lançamento fiscal.

VOTO

O Auto de Infração em exame acusa o Autuado de utilização indevida de crédito fiscal do ICMS conforme acima mencionado.

Registro inicialmente que fica evidenciado nos autos que o processo encontra-se em consonância com as exigências do RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

A acusação se fundamenta na constatação do uso indevido de crédito fiscal referente às notas fiscais relacionadas na planilha “PLANILHA DAS DEVOLUÇÕES NÃO COMPROVADAS” (fls. 07 a 14), decorrente, segundo o Autuante, da não efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento.

A defesa contesta o lançamento enfatizando a desproporcionalidade da autuação, não observância ao princípio da razoabilidade e reconhece parte do débito – R\$37.733,20, como devido, em função das provas anexadas. O Autuante afirma que as notas fiscais de devolução presentes no PAF, não foram objeto da defesa tampouco comprovadas quando da intimação.

Após exame do Anexo I apresentado pela defesa, oportunidade em que a Autuada anexa cópia de notas fiscais de devolução de mercadorias e análise da Escrituração Fiscal Digital – EFD do período, considerando o princípio da verdade material – que serve de suporte na aplicação da legislação tributária, constato que as alegações da defesa encontram respaldo. Em consequência, elaborei o demonstrativo a seguir, onde constam o número das notas fiscais de devolução cujas cópias estão apenas aos autos (Anexo I – em mídia CD da defesa – fls. 39) e foram motivos da autuação, o valor da operação e o ICMS correspondente a cada período.

Mês de Emissão	Número - Notas Fiscais	Valor da Operação	ICMS
fev/13	000.163-001.892 e 000.916	12.745,25	1.765,76
mar/13	001.354 - 018.774 - 000.056 - 004.819	10.124,07	1.191,80
abr/13	003.825 - 003.827 - 041.387 - 000.426	45.093,15	7.316,45
mai/13	000.599 - 000.954	5.460,80	382,26
jun/13	079.067 - 000.255	20.041,33	3.400,19
jul/13	000.046 - 000.103 - 137.068 - 020.128	28.294,60	4.401,22
set/13	000.063 - 008.650	4.038,11	282,67
out/13	000.031 - 000.018 - 000.300 - 001.751	8.072,57	565,08
nov/13	000.010 - 000.653	5.346,34	374,24
dez/13	021.441 - 000.653	3.337,16	447,38
jan/14	000.004 - 000.022 - 022.129 - 022.135	3.844,22	269,11
fev/14	032.383 - 032.967 - 001.317 - 000.255 - 004.987 - 408.783	28.833,67	3.120,70
mar/14	009.161 - 010.136 - 022.533 - 033.345 - 022.723	4.023,58	307,22
abr/14	020.020 - 000.005 - 000.360	8.648,49	620,75
mai/14	000.183 - 000.148 - 000.436	5.302,59	371,19
jun/14	002.633 - 000.040 - 051.118 - 163.799	2.220,61	355,12
jul/14	006.887 - 008.255 - 008.256 - 008.257 - 021.247 - 021.248 - 055.358 - 055.359 - 055.367 - 055.368 - 055.386 - 101.344 - 003.449	53.014,84	9.012,55
ago/14	000.045 - 035.177	546,63	92,93
set/14	002.229 - 000.587	688,01	48,16
out/14	000.834 - 000.180	1.131,64	192,39
nov/14	025.469 - 000.006 - 010.136 - 025.719 - 260.459 - 000.042 - 000.906	11.194,77	1.135,12
dez/14	015.633 - 000.221 - 176.978 - 000.691 - 000.031 - 000.830	7.842,84	753,68
fev/15	000.086 - 008.048 - 002.897 - 001.215	15.223,72	1.083,82
mar/15	000.641 - 003.086 - 000.738 - 000.006	3.054,10	213,79
abr/15	000.364 - 060.920	869,16	73,31
mai/15	060.709 - 012.918 - 200.016.058	23.246,39	1.641,80
jun/15	000.128 - 000.006 - 002.222 - 028.635 - 014.777 - 000.935	4.878,59	341,50
jul/15	030.662 - 002.400 - 000.609 - 022.286 - 000.082 - 016.017	42.759,94	6.395,65
ago/15	011.261 - 000.032 - 000.322 - 003.058	14.410,86	2.292,19
set/15	029.885	2.354,00	164,78
out/15	000.494 - 002.170	62,65	4,39
nov/15	136.632 - 136.633 - 009.762 - 000.353	30.060,67	4.292,86
dez/15	031.222 - 031.225 - 000.417 - 000.095 - 000.116 - 004.022	4.415,34	333,29
		411.180,69	53.243,35

Não existe nos autos comprovação da inidoneidade das notas fiscais apresentadas pela defesa, comprovando a devolução de mercadorias.

Concluo que resta devido a cobrança do ICMS no valor de R\$37.813,20, acrescido da multa de 150%, conforme previsão legal.

No que diz respeito ao pedido da improcedência da multa aplicada, saliento que não há ilegalidade na multa incidente sobre o imposto devido pela autuada. O inciso V, do art. 97 do CTN, determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Não cabe a essa Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, a apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal.

Pelo exposto, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, reduzindo o valor a ser pago de R\$91.060,08, para R\$37.813,20, conforme demonstrativo de débito a seguir.

INFRAÇÃO 1

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/01/2013	09/02/2013	32.707,35	17,00	150,00	5.560,25
28/02/2013	09/03/2013	0,00	17,00	150,00	0,00
31/03/2013	09/04/2013	15.952,00	17,00	150,00	2.711,84
30/04/2013	09/05/2013	53.382,06	17,00	150,00	9.074,95

31/05/2013	09/06/2013	685,53	17,00	150,00	116,54
30/06/2013	09/07/2013	2.533,29	17,00	150,00	430,66
31/07/2013	09/08/2013	2.270,65	17,00	150,00	386,01
31/08/2013	09/09/2013	618,29	17,00	150,00	105,11
30/09/2013	09/10/2013	0,00	17,00	150,00	0,00
31/10/2013	09/11/2013	236,76	17,00	150,00	40,25
30/11/2013	09/12/2013	211,18	17,00	150,00	35,90
31/12/2013	09/01/2014	3.513,12	17,00	150,00	597,23
31/01/2014	09/02/2014	709,88	17,00	150,00	120,68
28/02/2014	09/03/2014	0,00	17,00	150,00	0,00
31/03/2014	09/04/2014	230,65	17,00	150,00	39,21
30/04/2014	09/05/2014	0,00	17,00	150,00	0,00
31/05/2014	09/06/2014	1.077,65	17,00	150,00	183,20
30/06/2014	09/07/2014	34,65	17,00	150,00	5,89
31/07/2014	09/08/2014	678,59	17,00	150,00	115,36
31/08/2014	09/09/2014	0,00	17,00	150,00	0,00
30/09/2014	09/10/2014	767,06	17,00	150,00	130,40
31/10/2014	09/11/2014	3.316,88	17,00	150,00	563,87
30/11/2014	09/12/2014	6.204,06	17,00	150,00	1.054,69
31/12/2014	09/01/2015	3.044,00	17,00	150,00	517,48
28/02/2015	09/03/2015	8.144,06	17,00	150,00	1.384,49
31/03/2015	09/04/2015	61.561,53	17,00	150,00	10.465,46
30/04/2015	09/05/2015	0,00	17,00	150,00	0,00
31/05/2015	09/06/2015	547,76	17,00	150,00	93,12
30/06/2015	09/07/2015	1.506,47	17,00	150,00	256,10
31/07/2015	09/08/2015	1.429,71	17,00	150,00	243,05
31/08/2015	09/09/2015	1.254,82	17,00	150,00	213,32
30/09/2015	09/10/2015	8.218,53	17,00	150,00	1.397,15
31/10/2015	09/11/2015	37,06	17,00	150,00	6,30
30/11/2015	09/12/2015	8.782,06	17,00	150,00	1.492,95
31/12/2015	09/01/2016	2.774,94	17,00	150,00	471,74
TOTAL					37.813,20

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298576.0017/17-1**, lavrado contra **PLASCHIO PLÁSTICOS CHIACCHIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$37.813,20**, acrescido de multa de 150%, prevista no art. 42, V, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR