

A. I. Nº - 298057.0008/15-4
AUTUADO - SIUFHU S COMÉRCIO DE ROUPAS EPP
AUTUANTES - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA P. DE SOUZA e VERA VIRGINIA NOBRE DE
- SANTANA CHAVES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28.08.2018

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0132-04/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR CONSUMIDOR FINAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO. O estabelecimento do autuado não cumpriu integralmente o regramento previsto pelo art. 653 do RICMS/97, ao deixar de obter, na Nota Fiscal de entrada emitida 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. Tal descumprimento da norma regulamentar, que é taxativa, não representa mera infração de natureza acessória. Infração subsistente. 2. UTILIZAÇÃO DE PROGRAMA DE PROCESSAMENTO DE DADOS QUE POSSIBILITOU EFETUAR NA ESCRITA FISCAL LANÇAMENTOS DE DADOS DIVERGENTES DOS REGISTRADOS EM DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Infração comprovada. Adequação da penalidade aplicada com base na norma prevista pelo Art. 142 do CTN, com redução do valor da efetiva penalidade para fim de adequação ao valor lançado sem majoração. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Item não impugnado. Infração mantida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Autuantes revisaram os cálculos iniciais reduzindo o valor reclamado. Autuado acolheu o valor remanescente do débito. Infração parcialmente subsistente. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária. A legislação veda, expressamente, a utilização de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias com a fase de tributação encerrada. Infração subsistente. 6. DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS - DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Fato reconhecido. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Auto de Infração de exigência de crédito tributário no montante de R\$88.402,99 e demais cominações legais, tendo em vista as seguintes acusações:

1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$5.447,31 a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação. Constatamos um

volume de créditos decorrentes de transferências de suas filiais e devoluções de consumidores sem a devida comprovação, em desacordo com o que determina o art. 653 do RICMS/BA aprovado pelo Dec. 6.284/97. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

2 - 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. Utilização de equipamento emissor do cupom fiscal contendo programa de automação fiscal em desacordo com a legislação por falta de destaque do imposto e consequente identificação da classificação tributária de cada produto comercializado, conforme espelho da Memória de Fita Detalhe anexada em meio magnético (CD-R). Multa no valor de R\$13.800,00 com previsão pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96.

3 - Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$34.081,64 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 espécie de mercadorias em exercício fechado. Conforme Relatórios dos Levantamentos Quantitativo de Estoques do ano de 2011, denominados Anexos 01 a 09, gravados em meio magnético CD_R e entregue cópia, devidamente criptografada e autenticada, cujo recibo foi assinado pelo contribuinte ou preposto. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

4 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no total de R\$18.384,20 referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. Mercadorias denominadas calçados, conforme demonstrativos da relação de notas fiscais de aquisição e demonstrativo mensal da diferença a pagar, denominados Anexo A e A1 respectivamente, das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributárias ano de 2011, gravados em meio magnético CD_R e entregue cópia, devidamente criptografada e autenticada, cujo recibo foi assinado pelo contribuinte ou preposto. Anexamos do Livro de Apuração do ICMS, entregue a fiscalização, devidamente vistado e autenticado. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$16.549,84 referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Mercadorias denominadas calçados, conforme demonstrativos da relação de notas fiscais de aquisição e demonstrativo mensal do crédito indevido, denominados Anexo A e A2, respectivamente, das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributárias ano de 2011, gravados em meio magnético CD_R e entregue cópia, devidamente criptografada e autenticada, cujo recibo foi assinado pelo contribuinte ou preposto. Anexamos do Livro de Apuração do ICMS, entregue a fiscalização, devidamente vistado e autenticado. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

6 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). O contribuinte apresentou a DMA com dados incorretos em relação aos valores escriturados nos livros fiscais, nos seguintes meses: março e dezembro de 2011. Demonstrativo com o comparativo entre os valores, cópias dos livros fiscais e arquivos digitais das DMAs em anexo. Multa no valor de R\$140,00 com previsão pelo Art. 42, inciso XVIII-A, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 80 a 95, onde após breves considerações acerca do mesmo, adentrou ao mérito da autuação, reportando-se inicialmente a infração 01, que trata de crédito fiscal indevido decorrente de devoluções de mercadorias por consumidor final.

A este respeito diz que atua no comércio de roupas femininas e que visando a satisfação da sua clientela e em respeito ao 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.

Pontua que em alguns casos o cliente não possui o cupom fiscal relativo a aquisição, sendo que, neste caso é feita uma busca no sistema único da empresa visando identificar os dados do documento de origem para fim de emissão da correspondente nota fiscal da mercadoria devolvida, acrescentando que nos casos que ensejaram à autuação tais procedimentos foram adotados, ao tempo em que, o único lapso cometido foi a falta de indicação dos dados dos cupons fiscais nas notas fiscais emitidas.

Diz que, neste particular, está efetuando juntada de mídia eletrônica contendo todas as informações exigidas pelo 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 maneira, a legitimidade dos créditos utilizados.

Reconhece que mesmo não tendo observado estritamente as disposições do art. 653, § 2º do RICMS/97 a nota fiscal de entrada emitida nunca poderá ser considerada inidônea, enquanto que a ausência de dados na mesma relativo ao cupom emitido da mercadoria devolvida não tem o condão de desfigurar a operação de devolução.

Refere-se ao princípio da não-cumulatividade do imposto previsto pelo art. 155 da Constituição Federal, cita decisão originária deste CONSEF, asseverando que incabível se torna a glosa dos créditos de ICMS procedida pelos autuantes que por mero descumprimento de obrigação acessória deixou de considerar os créditos fiscais que legitimamente apropriou.

Após reportar-se ao art. 113 do CTN que trata da natureza da obrigação tributária para concluir 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, não há justificativa aceitável para a exigência de estorno dos créditos de ICMS que legitimamente apropriou.

Ao adentrar a infração 02, que trata de penalidade no valor de R\$13.800,00 em razão de utilização de ECF contendo programa de automação fiscal em desacordo com a legislação. A este respeito e após transcrever os arts. 203 § 2º e 204 do RICMS/2012, bem como o art. 42, inciso XIII-A, alínea “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96, aplicado pelos autuantes, sustenta que da simples leitura do relato da autuação, dos artigos infringidos, da penalidade aplicada (R\$27.600,00) e da multa efetivamente aplicada (R\$13.800,00) constata-se a falta de correlação entre os mesmos.

Isto porque a acusação menciona que foi utilizado equipamento emissor de cupom fiscal contendo programa de automação fiscal em desacordo com a legislação o que lhe 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 deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e atender aos requisitos especificados em Ato COTEPE.

Destacou que, além disso, o valor de R\$27.600,00 relativo à multa aplicada no item 3 da alínea “b” do inciso XIII-A, art. 42 da Lei nº 7.014/96, não foi a efetivamente aplicada, apontando que o valor lançado foi de R\$13.800,00 penalidade esta que não tem correlação alguma com a infração narrada no relato do Auto de Infração e nos artigos considerados infringidos, visto que o referido inciso deve ser aplicado às empresas credenciadas que realizam intervenção técnica em equipamento de controle fiscal, o que não é o caso.

Observou, em seguida que analisando o inciso XIII-A do Art. 42 da Lei nº 7.014/96 verificou que a penalidade que melhor se aplicaria aos arts. 203, § 2º e 204 do RICMS/12 seria aquela prevista no item 1.4, da alínea “e” do mesmo inciso que indica o valor de R\$1.380,00 ao contribuinte que utilizar programa aplicativo não cadastrado na SEFAZ, aplicada a penalidade por cada programa aplicativo.

Com isso requer que seja retificado no Auto de Infração a penalidade aplicada para que seja considerada aquela prevista pelo item 1.4, alínea “e”, inciso XIII-A, Art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No que diz respeito à infração 03 que trata de omissão de saídas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque destaca que o crédito tributário relativo a este item não será objeto de impugnação por ter reconhecido o débito e efetuado o pagamento respectivo.

Quanto a infração 04 relacionada a recolhimento a menos de ICMS no total de R\$18.384,20 na qualidade de sujeito passivo por substituição alega que os autuantes não indicaram a memória de cálculo que originou o lançamento. Com isso afirma que para apresentar defesa é necessário que a fiscalização aponte quais as operações e notas fiscais que deram origem aos valores que estão sendo exigidos, por isso, solicita que tais demonstrativos sejam apresentados.

Em seguida passou a se reportar a infração 05 referente a utilização indevida de créditos fiscais no total de R\$16.549,84, esclarecendo que muito embora tenha se creditado do ICMS referente a mercadorias adquiridas com o imposto pago pelo regime de substituição tributária, ao realizar as saídas das mesmas mercadorias, também indevidamente, se debitou e recolheu o imposto, situação esta que não causou prejuízo à Fazenda Estadual, razão pela qual pugna pela improcedência do lançamento.

Quanto a infração 06 relacionada a penalidade decorrente da declaração incorreta de dados na DMA, declara que reconhece a acusação e que realizou o pagamento da multa.

Em conclusão requer o acolhimento da impugnação para considerar totalmente improcedentes as infrações 01, 04 e 05, a declaração da quitação das infrações 03 e 06, bem como a retificação da penalidade relacionada à infração 02. Pede ainda, caso necessário, a conversão do feito em diligência para lhe possibilitar demonstrar a impropriedade do lançamento, requerendo, ainda, que as intimações relativas ao presente processo sejam feitas ao representante legal do autuado, Dr. Gilberto Raimundo Badaró de Almeida, cujo endereço declara ao final da peça defensiva.

Os autuantes apresentaram Informação Fiscal, fls. 183 a 189, onde, em relação à infração 01, no total de R\$5.447,31, observam que o autuado descumpriu o que determina o art. 653, § 2º do RICMS/97, bem como o art. 454 do RICMS/12, destacando que “*o único lapso*” alegado pelo autuado não foi apenas a falta de indicação de dados dos cupons fiscais, conforme o mesmo quer fazer crer.

Passaram a descrever as exigências contidas na legislação tributária relacionadas às operações de devoluções de mercadorias por consumidor final, destacando a ausência da assinatura do comprador atestando a efetiva devolução da mercadoria, enquanto que o próprio autuado admite que utilizou dos dados do documento fiscal de saídas para efetuar devoluções fictícias de acordo com os espelhos dos cupons fiscais constantes na leitura do arquivo que indica conforme se verifica na mídia eletrônica de fl. 74.

Comenta que a jurisprudência do CONSEF citada pelo autuado em seu socorro não se aplica ao presente caso por se tratar de situação diversa da que ora se verifica, enquanto que no mérito não foi apresentado qualquer documento capaz de elidir o fato notório que os créditos são indevidos.

Ao adentrarem a infração 02 no valor de R\$13.800,00 asseveraram que está caracterizada corretamente bastando observar os cupons fiscais constantes na mídia anexa (fl. 74), arquivo Espelho LMFD – Leitura da Memória da Fita Detalhe, onde se verifica que todos os cupons foram emitidos sem tributação. Pontuaram, entretanto, que no momento do enquadramento da multa, em vez de colocarem item 1.3 ficou registrado apenas 3, o que ocasionou o equívoco do valor da multa.

Após transcreverem o inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 afirmam que concordam que aplicaram de forma equivocada a multa no valor de R\$13.800,00, quando o valor correto seria R\$27.600,00 constante no item 1.3 do referido dispositivo regulamentar.

Quanto à infração 03, no valor de R\$34.081,64, destacam que a mesma foi reconhecida e paga pelo autuado.

Em relação à infração 04 ratificam que foram observados os princípios da ampla defesa e do contraditório e foram entregues cópia do Auto de Infração e demonstrativos em mídia eletrônica, fl. 74, entretanto, considerando a dificuldade que o autuado alegou de entendimento, estão anexando em papel, fls. 170 a 180, o demonstrativo da apuração do ICMS substituição tributária devida, especificado por nota fiscal, Anexo A 2011, assim como extratos dos recolhimentos (1145 ICMS antecipação tributária), fls. 181 e 182, entregando cópia ao autuado.

No que pertine a infração 05 que trata de utilização de créditos fiscais no total de R\$16.549,84 referentes a mercadorias sujeitas a substituição tributária, após explicarem como apuraram o valor exigido e destacaram que não há codificação de entradas de mercadorias com antecipação do imposto por substituição tributária, portanto foi utilizado todo o crédito fiscal das notas fiscais de entradas, inclusive daquelas mercadorias com antecipação tributária (calçados), cujas saídas não foram tributadas, conforme indicações que efetuaram.

Finalmente, em relação à infração 06 no valor de R\$140,00 observam que a mesma foi reconhecida e paga.

O autuado foi intimado para conhecimento da informação fiscal, fl. 193, oportunidade em que foi entregue ao mesmo cópia do demonstrativo de fls. 170 a 180, arrecadação por receita, fls. 181 e 182, e informação fiscal, fls. 183 a 189, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para manifestação.

Através do instrumento de fls. 199 a 207, o autuado se pronunciou efetuando inicialmente uma sinopse dos fatos relacionados à autuação e, em seguida, passou a se manifestar acerca do mérito da infração 01 onde contesto com veemência a acusação dos autuantes de que houve manipulação de documentos fiscais pelo autuado para forjar operações de devoluções de mercadorias com o intuito de criar um crédito e, por conseguinte, diminuir o valor do ICMS a pagar.

Diz que juntou aos autos mídia eletrônica (CD) contendo todas as informações exigidas pelo 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, assim, a legitimidade do crédito em questão, restando suprida a ausência das informações indicadas pelos autuantes.

Em seguida passou a se referir à infração 04 onde, após indicar a maneira empregada pelos autuantes para apurar o valor autuado, observou que, no mês de janeiro foi indicado que deveria ter sido recolhido o valor de R\$1.176,37, porém foi efetuado o pagamento no valor de R\$396,44 sendo que, a diferença entre esses valores na ordem de R\$587,68 corresponde ao valor autuado.

Acrescentou que verificou que o demonstrativo de fls. 183 a 189 elaborado pelos autuantes encontra-se com erro no cálculo, pois os mesmos subtraíram o crédito do ICMS relativo à operação de aquisição da base de cálculo do ICMS referente ao ICMS substituição tributária, quando o correto seria subtrair o crédito do ICMS normal do valor do ICMS encontrado no cálculo do ICMS-ST. Em vista disto requer que os autuantes esclareçam os cálculos que embasaram a exigência desta infração 04, apresentando demonstrativo que contenha o cálculo correto do ICMS que consideram como devido.

Em relação à infração 05 reitera que muito embora tenha se creditado do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto pelo regime da substituição tributária, ao realizar a saída das mesmas mercadorias, também indevidamente se debitou e recolheu o imposto.

Em conclusão requer a improcedência das Infrações 01, 04 e 05 e reitera a solicitação de que as intimações sejam feitas ao seu representante legal no endereço que indicou.

Os autuantes prestam nova Informação Fiscal, fls. 210 a 212, onde, em relação à infração 01 pontuam que se as operações de devoluções não foram comprovadas conforme determina a legislação tributária baiana, entende-se de que as mesmas não ocorreram, acrescentando que quem tem que apresentar provas de que as operações ocorreram realmente é o autuado. Isto é, cumprir o que determina o art. 653, § 2º do RICMS/97 e o art. 454 do RICMS/12, ou seja, obter na nota fiscal de entrada ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do documento de identidade, afirmando que a simples apresentação da nota fiscal de entrada correlacionando com o cupom fiscal não altera a infração, pois não elide a falta de prova da concreta realização da operação.

Quanto à infração 04 citam que realmente ocorreu erro na fórmula do programa Excel que utilizaram, os quais corrigiram e elaboraram novo demonstrativo de apuração do ICMS a ser pago, consoante fls. 217 a 226.

No que diz respeito à infração 05 mencionam que as evidências comprovam que as saídas das mercadorias em que foram utilizadas os créditos citados, não foram tributadas, conforme constatado no livro RAICMS (cópia autenticada) no campo codificação fiscal, combinado com o campo ICMS Valores na mídia CD fl. 74, em arquivo espelho dos cupons fiscais, leitura de memória de fita detalhe de emissor de cupom fiscal.

Em conclusão mencionam que após a retificação da infração 04, apresentam no demonstrativo do débito constante à fl. 227 o valor do débito remanescente.

Mais uma vez o autuado foi intimado para se pronunciar a respeito da nova informação fiscal, fls. 230 e 231, tendo este se pronunciado às fls. 233 a 237, onde em relação à infração 01 reitera os argumentos já trazidos em manifestações anteriores e transcreve em seu socorro ementas de julgamentos deste CONSEF que, ao seu entender respaldam seu posicionamento, já que nos julgamentos trazidos a título de jurisprudência houve reconhecimento de que ocorreu apenas descumprimento de obrigação acessória para o qual não existe previsão de penalidade.

Quanto à infração 04 informa que concorda com as alterações realizadas pelo autuantes no novo demonstrativo da apuração do ICMS substituição tributária devida.

Conclui requerendo a improcedência da infração 01 e volta a reiterar que as intimações sejam efetuadas em nome do seu representante legal.

Às fls. 243 e 244, um dos autuantes voltou a se pronunciar pontuando que, em relação à infração 01 os requisitos estabelecidos pela legislação são muito claros e exigentes para convalidar a operação de devolução, requisitos estes que não se revestem em mero descumprimento de obrigação acessória, e que não foram cumpridos pelo autuado. Mencionou, ainda, que nos exemplos de julgamentos apresentados pelo autuado houve a comprovação de que as devoluções foram efetivamente levadas a efeito, condição esta que o autuado não conseguiu desincumbir-se. Mantém a exigência fiscal e, ao final, menciona que o autuado acatou as modificações realizadas em relação à infração 04.

Mais uma vez o autuado se manifestou nos autos, fls. 248 a 250, reportando-se exclusivamente à infração 01, onde, após pontuar os mesmos argumentos já apresentados em momentos anteriores, argumenta que o atendimento parcial dos requisitos estabelecidos no art. 653 do RICMS/97 não tem o condão de desfigurar a operação de devolução de mercadoria, nem de classificá-la como inidônea, uma vez que os controles exigidos pelo Fisco para validação das operações foram realizados e as notas fiscais de entradas das mercadorias recebidas em troca foram devidamente emitidas.

Defende 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 e cita em seu socorro trecho de um julgamento realizado pela 2ª Câmara de Julgamento deste CONSEF relativamente ao

Auto de Infração nº 130080.0001/15-4 que em situação na qual assevera ser idêntica a que ora se analisa foi afastada a exigência do imposto e aplicada apenas multa por descumprimento de obrigação acessória.

À fl. 255 um dos autuantes se posiciona no sentido de que o PAF seja encaminhado ao CONSEF para efeito de julgamento, enquanto que às fls. 257 a 259 foram juntados extratos de pagamentos realizados pelo autuado em relação às infrações 03 e 06.

VOTO

Inicialmente destaco que não houve qualquer questionamento pontual por parte do autuado em relação aos aspectos formais do lançamento, razão pela qual passo, tal como na defesa apresentada, a análise do mérito da autuação.

A infração 01 trata da exigência de imposto no valor de R\$5.447,31 por utilização indevida de créditos fiscais em razão da ocorrência de registros de devoluções de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a efetiva comprovação. Este é o fato objetivo impugnado pelo autuado.

Vejo que a acusação se prende ao fato do autuado não ter cumprido integralmente o regramento previsto pelo art. 653 do RICMS/97 enquanto que o autuado reconhece que apenas o descumpriu em parte ao não obter na Nota Fiscal de entrada emitida a título de devolução da mercadoria pelo consumidor ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuou a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade. Defende ainda o autuado que tal fato se reveste em mero descumprimento de obrigação acessória já que as demais formalidades foram atendidas e o imposto decorrente do cumprimento da obrigação principal foi satisfeito, citando, ainda, julgamentos deste CONSEF relacionados à questão idêntica a que ora se enfrenta que, ao seu entender, respaldam seu procedimento.

Com o devido respeito não assiste razão ao autuado. Primeiro porque o Regulamento condiciona a utilização do crédito desde que haja prova inequívoca da devolução e que o estabelecimento do vendedor obtenha do cliente uma declaração na nota fiscal ou em documento apartado com citação do motivo da devolução e constando no mesmo o número do documento que o identifique, conforme se depreende abaixo:

*Art. 653. O estabelecimento que receber em virtude de troca ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de Nota Fiscal **poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.** Nota: A redação atual do caput do art. 653 foi dada pela Alteração nº 145 (Decreto nº 12831/11, de 09/05/11) (grifei).*

(...)

*§ 2º Nas hipóteses deste artigo, o estabelecimento recebedor **deverá**: (grifei).*

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;** (grifei).*

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.

Logo, ao meu sentir, o descumprimento do regramento acima se reveste na ausência inequívoca da prova da devolução, já que a simples emissão da nota fiscal de entrada vinculada ao documento fiscal de saída é insuficiente para atestar a efetiva devolução. Frise-se que o art. 653 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos, é taxativo e condiciona a utilização do crédito ao atendimento da norma prescrita, portanto, o não atendimento da norma regulamentar

acima descrita não configura mero descumprimento de obrigação acessória e, sim, em impedimento a utilização do pretendido crédito fiscal.

Analisando as decisões trazidas pelo autuado em seu socorro vejo que a primeira, Acórdão JJF nº 0067-04/10 não é favorável ao argumento defensivo, pois houve, ao contrário do quanto aqui enfrentado, comprovação pelo autuado do desfazimento da operação, enquanto que as demais, ou seja, Acórdãos nº 0260-12/15, 0313-12/15 e a decisão relacionada ao Auto de Infração nº 130080.0001/15-4, todas da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, com o devido respeito e *a máxima vénia*, além de não serem vinculantes não refletem jurisprudência unânime deste CONSEF, conforme passo a mencionar, por exemplo, os Acórdãos nº 0211-01/07 (mantido pela 1ª Câmara Acórdão nº 0038-11/08) e o de nº 0245-03/14 (mantido pela 2ª Câmara Acórdão nº 0234-12/15).

A este respeito, com a devida licença, transcrevo o voto vencedor proferido pelo Cons. Ildemar José Landim constante do Acórdão nº 0303-11/17, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, cujo fundamento me associo:

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 2)

Venho com a devida vénia discordar do voto do Relator quanto à conversão do item 2 do lançamento, em multa de R\$50,00 por descumprimento de obrigações acessórias, conforme discorro a seguir, expondo razões de fato e de direito.

Esta infração decorreu do crédito indevido por conta de devoluções de vendas efetuadas a consumidor final, sem o cumprimento das formalidades previstas no art. 653 do RICMS/BA 97, já expostos no voto do julgamento de piso, que consignando os fatos provados no processo, fundamentou que “os cupons fiscais acostados pela defesa não servem como elemento de prova inequívoca das devoluções, requisito indispensável para o creditamento do imposto à luz do art. 653 do RICMS/BA 97, não sendo possível converter a cobrança do imposto em multa por descumprimento de obrigação acessória”.

As obrigações acessórias têm por finalidade dar segurança ao contribuinte e ao Fisco quanto à apuração do imposto devido. Uma vez não cumprida, estabelece-se à dúvida quanto aos fatos, levando à insegurança. Assim, converter o levantamento da obrigação principal em multa, significa abdicar do imposto devido em todas as situações idênticas e até mesmo estimular o contribuinte a não cumprir as obrigações acessórias, aumentando o grau de conflitos na apuração do imposto devido.

O próprio art. 136 do CTN é absolutamente claro quanto a isto, quando diz que a responsabilidade do agente por infrações à legislação tributária independe do agente ou responsável e da efetividade, natureza, e extensão dos efeitos do ato, o que efetivamente traduz um reforço à manutenção do lançamento.

Face ao exposto voto pela manutenção integral da decisão à quo, acatando a decadência parcial conforme voto da eminentíssima Relatora.

Em suma e à luz do quanto acima transcrito, entendo que o não cumprimento pelo autuado da regra prevista pelo inciso II, § 2º do art. 653 do RICMS/97, não significa mero descumprimento de obrigação acessória, até porque não é esta a leitura que se faz no referido dispositivo regulamentar, o qual, ao contrário, estabelece regras claras que condicionam a emissão de nota fiscal de entrada para efeito de utilização de crédito fiscal. Ignorar este regramento significa considerar letra morta o texto regulamentar. Por essa razão julgo subsistente a infração 01 no valor de R\$5.447,31.

Em relação à infração 02 vejo que a mesma está posta da seguinte forma: “*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. Utilização de equipamento emissor do cupom fiscal contendo programa de automação fiscal em desacordo com a legislação por falta de destaque do imposto e consequente identificação da classificação tributária de cada produto comercializado, conforme espelho da Memória de Fita Detalhe anexada em meio magnético (CD-R)*”. Foi aplicada multa no valor de R\$13.800,00 com previsão pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96.

Em sua defesa o autuado pontuou que os artigos considerados como infringidos pelos autuantes (203 § 2º e 204 do RICMS/12) bem como a penalidade indicada que seria R\$27.600,00 e da multa efetivamente aplicada (R\$13.800,00) constata-se a falta de correlação entre os mesmos.

Isto porque a acusação menciona que foi utilizado equipamento emissor de cupom fiscal contendo programa de automação fiscal em desacordo com a legislação, 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 deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e atender aos requisitos especificados em Ato COTEPE.

Destacou que, além disso, o valor de R\$27.600,00 relativo à multa aplicada no item 3 da alínea “b” do inciso XIII-A, art. 42 da Lei nº 7.014/96, não foi efetivamente aplicada, apontando que o valor lançado foi de R\$13.800,00 penalidade esta que não tem correlação alguma com a infração narrada no relato do Auto de Infração e nos artigos considerados infringidos, visto que o referido inciso deve ser aplicado às empresas credenciadas que realizam intervenção técnica em equipamento de controle fiscal, o que não é o caso.

Observou ainda o autuado que a penalidade que melhor se aplicaria aos arts. 203, § 2º e 204 do RICMS/12 seria aquela prevista no item 1.4, da alínea “e” do mesmo inciso que indica o valor de R\$1.380,00 ao contribuinte que utilizar programa aplicativo não cadastrado na SEFAZ, aplicada a penalidade por cada programa aplicativo, razão pela qual solicitou a retificação do valor da multa para o acima mencionado.

Por sua vez os autuantes asseveraram que a infração está caracterizada corretamente bastando observar os cupons fiscais constantes na mídia anexa (fl. 74), arquivo Espelho LMFD – Leitura da Memória da Fita Detalhe, onde se verifica que todos os cupons foram emitidos sem tributação. Pontuaram, entretanto, que no momento do enquadramento da multa, em vez de colocarem item 1.3 ficou registrado apenas 3, o que ocasionou o equívoco do valor da multa, concordando que aplicaram de forma equivocada a multa no valor de R\$13.800,00, quando o valor correto seria R\$27.600,00 constante no item 1.3 do referido dispositivo regulamentar.

Analizando os fatos vejo que a infração propriamente dita não foi questionada, ou seja, utilização de equipamento emissor de cupom fiscal contendo programa de automação fiscal em desacordo com a legislação. A questão discutida reveste-se na incompatibilidade da infração apontada com aquela que foi efetivamente indicada no lançamento.

De fato, a multa indicada pelos autuantes, inciso XIII-A, alínea “b”, item 3, art. 42 da Lei nº 7.014/96 se refere a penalidade que deve ser aplicada a empresas credenciadas que realizarem intervenção técnica no equipamento, enquanto que a correta deveria ser a constante no item 1.3 do mesmo inciso, que se refere a contribuinte que utilizar 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, fato este reconhecido pelos próprios autuantes ao declararem que a multa correta deveria ser no valor de R\$27.600,00 ao invés da lançada no valor de R\$13.800,00.

A multa sugerida pelo autuado no valor de R\$1.380,00 não se aplica ao presente caso vez que a infração detectada diz respeito a programa que possibilite efetuar registro na escrita fiscal de dado divergente do constante em documento fiscal por ele emitido.

Dito isto vejo que apesar do valor da penalidade aplicada se encontrar incompatível com a infração detectada e descrita no Auto de Infração, observo que a autoridade fiscal propõe a multa que deverá ser aplicada enquanto que o órgão julgador é quem define qual a real penalidade que deverá ser aplicada, consoante dispõe o Art. 142 do CTN, *verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Isto posto, dúvidas não restam que o valor da penalidade prevista para a situação descrita nestes autos é de R\$27.600,00 consoante prevê o art. 42, inciso XIII-A, alínea “b” item 1.3 da Lei nº

7.014/96, entretanto, como o lançamento foi efetuado considerando o valor de R\$13.800,00 fica o mesmo mantido para não onerar o lançamento inicial e, também, levando em conta a possibilidade de redução da penalidade prevista pelo § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a qual aplica sobre o valor de R\$27.600,00.

A infração 03 que trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, com ICMS reclamado no valor de R\$34.081,64, a mesma foi reconhecida pelo autuado e procedido o pagamento, portanto ela é subsistente.

Já a infração 04 que reclama ICMS no valor de R\$18.384,20 referente a recolhimento a menos do imposto a título de antecipação parcial o autuado apontou equívocos constantes nos levantamentos dos autuantes, os quais acolheram os argumentos defensivos e refizeram os cálculos consoantes demonstrativos de fls. 217 a 225, reduzindo a exigência inicial para o montante de R\$5.341,21 conforme demonstrativo à fl. 226, o qual foi acolhido pelo autuante. Com isso, a presente infração subsiste parcialmente.

A infração 05 trata de utilização indevida de créditos fiscais referentes a mercadorias adquiridas com o imposto pago por antecipação tributária, portanto, com a fase de tributação encerrada.

O autuado reconhece que realmente utilizou os créditos fiscais decorrentes de operações de aquisições de mercadorias com a fase de tributação já encerrada, porém alega que, apesar disto, tributou as respectivas saídas, inexistindo prejuízo ao erário, enquanto que os autuantes asseveraram que as evidências comprovam que as saídas das mercadorias que foram utilizadas os créditos citados, não foram tributadas, conforme constatado no livro RAICMS (cópia autenticada) no campo codificação fiscal, combinado com o campo ICMS valores na mídia CD fl. 74, em arquivo espelho dos cupons fiscais e leitura de memória de fita detalhe de emissor de cupom fiscal.

Independentemente das alegações acima trazidas aos autos pelo autuado e autuantes, a questão fundamental e que se aplica ao presente caso é a vedação expressa para efeito de crédito fiscal prevista pelo Art. 97, inciso IV, alínea “b” do RICMS/97 vigente à época da ocorrência dos fatos, que proíbe a utilização de crédito fiscal decorrente de aquisições de mercadorias com fase de tributação já encerrada, vedação esta que fulmina os argumentos defensivos. Registre-se, aliás, que caso o autuado tenha, de fato, efetuado pagamento de imposto sobre operações de saídas de mercadorias com fase de tributação encerrada, caberia buscar, na forma regulamentar, os meios para obter a restituição do indébito, observando naturalmente o prazo decadencial.

Infração 05 mantida.

A infração 06 que trata de penalidade no valor de R\$140,00 foi reconhecida pelo autuado e o valor pago.

Finalmente quanto à solicitação dos patronos do autuado no sentido de que as intimações relacionadas ao presente PAF sejam encaminhadas em seus nomes, para o endereço que indica nas peças em que se pronunciaram nestes autos, observo que nada impede o atendimento deste pleito, entretanto, registro que as intimações relacionadas aos processos administrativos fiscais obedecem ao previsto pelo art. 108 do RPAF/BA.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial no presente Auto de Infração, devendo ser homologados os pagamentos já efetuados.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese o entendimento esposado no voto de eminente relator, vejo-me na obrigação de discordar do mesmo, o qual, inclusive pontuou apropriadamente não ser um tema devidamente pacificado em seu entendimento neste conselho de Fazenda, pelas razões a seguir expostas, bem como pelo fato de já ter me posicionado anteriormente quando da apreciação da mesma matéria, por ocasião do julgamento em 10 de abril de 2018 do Auto de Infração lavrado contra a mesma

empresa sob o número 298057.0006/15-1, no Acórdão 0067-05/18 onde, naquela oportunidade, o entendimento da 5^a Junta de Julgamento, em decisão por maioria foi no sentido ora exposto.

Observo da leitura dos autos que 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.

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 insubsistência 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 transscrito:

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 insubsistência 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, entendo ser a infração parcialmente procedente, com aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298057.0008/15-4** lavrado contra **SIUFHU S COMÉRCIO DE ROUPAS EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.420,00**, acrescido das multas de 60% sobre R\$27.338,36 e de 100% sobre R\$34.081,64 previstas pelos Art. 42, incisos VII “a”, III e II “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no montante de **R\$13.940,00** previstas nos incisos XIII-A, alínea “b” item 1.3 e XVII “c” do mesmo dispositivo legal citado e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os pagamentos já efetuados.

Sala das Sessões do CONSEF, em 14 de agosto de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR / VOTO DIVERGENTE