

**PROCESSO** - A.I. Nº 269200.0803/01-5  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - ZERO GRAU INDL. COM. DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PROFAZ –Acórdão 2ª JJF nº 2219-02/01  
**ORIGEM** - INFAS FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 14/03/03

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0070-11/03**

**EMENTA:** ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação com base no art. 119, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB), alterada pela Lei nº 7.438/99, propondo a redução de parte do débito referente ao item 1, tendo em vista a juntada de documentos fiscais que comprovam parcialmente a regularidade dos créditos fiscais utilizados, assim como a procedência parcial do item 2 em virtude de a empresa haver comprovado o retorno da mercadoria armazenada, em que ficou caracterizado o descumprimento de obrigação de natureza formal pela falta de emissão de nota fiscal. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de uma Representação da PROFAZ proposta para que uma das Câmaras deste CONSEF diante do contribuinte através de seu representante legal após o julgamento da Junta ter apresentado intempestivamente o Recurso Voluntário e requerido que no controle de legalidade fosse apreciada as suas razões de mérito, tendo a Assessoria daquele órgão emitido o Parecer nº 99/2002, para que fosse reduzido o valor da infração 1, com base nos documentos apresentados pelo contribuinte e do demonstrativo de fl. 160, e que se julgasse improcedente a infração 2.

A autuação apontou a ocorrência de duas infrações:

- 1) utilização indevida de crédito fiscal relativo aos exercícios de 1998 e 1999 no valor de R\$17.804,74, em razão da falta de apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito, conforme demonstrativo de fls. 8 a 13 e 19 a 22 dos autos;
- 2) falta de comprovação do retorno de mercadoria (bacalhau), enviada para armazenamento, não mais em estoque, sendo a empresa caracterizada como responsável solidário pelo ICMS devido na saída da referida mercadoria sem a respectiva documentação fiscal, tendo o autuante indicado o art. 39, II, “c” do RICMS/BA, como dispositivo legal infringido, valor do imposto R\$30.729,37, à fl. 15 dos autos.

Na defesa de fls. 28 a 30 dos autos, o sujeito passivo argüiu Preliminar de Nulidade sob o fundamento de que teria o autuante já fiscalizado no mesmo período objeto da presente autuação, e que após examinar os documentos de entradas, concluído a auditoria em 25/03/01 e atestado que não tinha encontrado nenhuma irregularidade.

No mérito, admitiu não terem sido entregues as notas fiscais para a fiscalização, alegando que as mesmas se encontravam extraviadas e só percebeu a falta quando solicitado pela fiscalização. Assegura que toda a documentação foi apresentado no mesmo preposto fiscal na ação fiscal

desenvolvida anteriormente juntando cópia do termo à fl. 32 dos autos. Alegou ter requerido anteriormente juntando cópia do Termo à fl. 32 dos autos. Alega ter requerido aos fornecedores cópias das notas fiscais e acostando-as ao processo sugeriu diligência para constatar a veracidade das aquisições de mercadorias aos fornecedores.

Acrescenta que o autuante quanto ao item 2, cometeu novo engano porque as notas fiscais ao armazenamento do bacalhau, já haviam sido examinadas na fiscalização anterior e o retorno estava comprovado com as Notas Fiscais de nºs 0305, 0328, 0368, 0386, 0392, 0393 e 0504, emitidas pela empresa Comercial Brada Importação Ltda, e que as mesmas perfaziam o montante de R\$180.761,00, que é o valor da Nota Fiscal nº 19805 emitida pela referida empresa quando da remessa da mercadoria para armazenamento. Pediu Nulidade do Auto de Infração e não sendo acolhida que se realizasse diligência por fiscal estranho ao feito para confirmar as suas alegações. Acostou cópias dos documentos fiscais (fls. 031 a 086).

O autuante, às fls. 112 a 115, informou o que levou a concluir a fiscalização anteriormente sem apontar nenhuma irregularidade, admitindo que solicitava a documentação, porém sem intimar o contribuinte baseado na boa-fé, mas as solicitações ao contador da empresa eram sempre respondidas que estava providenciando a documentação. Diz que por questões administrativas teve de encerrar os trabalhos de fiscalização e ao retornar das férias retomou os trabalhos para resolver a pendência e formalizou a intimação em 18/06/01. Algumas notas foram apresentadas, e do restante por não existir o documento comprobatório glosou os créditos e por falta de comprovação do retorno da mercadoria enviada para armazenagem do bacalhau exigiu o imposto por responsabilidade do autuado. Elaborou novo demonstrativo de débito às fls. 116 a 118 dos autos.

O julgamento da Junta considerou parte notas fiscais acolhidas pelo autuante na informação fiscal às fls. 116 a 118, elaborou novo levantamento do crédito indevido do item 1 e quanto ao item 2 entendeu subsistente a acusação.

O autuado diante da perda do prazo para a apresentação do Recurso Voluntário, uma vez que o mesmo foi considerado intempestivo (AR fl. 141), pois intimado da Decisão de 1ª Instância em 28/02/01, só em 13/03/02 protocolou o mesmo, e ao tomar ciência do arquivamento do Recurso (fl. 143), apresentou um Recurso Inominado requerendo da PROFAZ que no exame do controle da legalidade se apreciasse o mérito das razões do seu Recurso.

A PROFAZ através da sua Assessoria Jurídica exarou Parecer (fls. 155 a 158), onde após analisar as infrações descritas no Auto de Infração, opinou pela redução do valor do débito do item 1, elaborando um demonstrativo com a relação dos documentos fiscais apresentados pelo sujeito passivo. E quanto ao item 2, disse que a empresa teria cedido parte das suas instalações para armazenar bacalhau de propriedade da empresa Braga Importação e Exportação Ltda., e que não cabia a responsabilidade solidária sob a alegação de que a mercadoria não teria retornado. Conclui que o deslocamento da mercadoria a título de armazenamento não configura hipótese de incidência, pois não houve operação mercantil, ainda que tenha ficado constatado irregularidade foram da falta de emissão de documento fiscal pelo estabelecimento autuado.

Considerou que estava comprovado o retorno das mercadorias com os documentos fiscais acostados às fls. 80 a 86 dos autos, pela própria empresa que remeteu as mercadorias, e sugere a redução do valor do item 1 e a improcedência do item 2, e assinala a possibilidade de aplicação de multa formal pelo descumprimento da obrigação acessória. O referido Parecer foi acatado pelo procurador Chefe e o processo encaminhado sob a forma de Representação para apreciação deste CONSEF.

## VOTO

Após analisar com acuidade todas as circunstâncias e elementos que ensejaram a Representação proposta pela PROFAZ para a apreciação por uma das Câmaras, acerca das razões apresentadas pelo sujeito passivo, conforme assinalam o Parecer da Assessoria Jurídica daquele órgão, antes de emitir o voto, considero necessário tecer algumas considerações.

O autuado através do expediente do Recurso Inominado pede que a PROFAZ desarquive a peça recursal e encaminhe para o exame do controle da legalidade e em seguida ao CONSEF para apreciar suas razões de mérito aduzidas no Recurso.

Ocorre que não cabe a Procuradoria desarquivar Recurso intempestivo para submeter à apreciação do CONSEF, como entendeu o autuado. Verifico que o contribuinte foi intimado do arquivamento do Recurso e cabia conforme dispõe o Parágrafo único do art.173 do RPAF/99, impugnar o referido arquivamento, mas, suponho que por não vislumbrar a possibilidade de êxito, desistiu desta prerrogativa e buscou através do encaminhamento à PROFAZ que no controle da legalidade fossem apreciadas as razões aduzidas no “Recurso Inominado”.

De fato, somente lhe restava através da PROFAZ o exame da matéria para que mediante Representação proposta pelo citado órgão pudesse ver apreciada por este Conselho de Fazenda Estadual, as provas que elidiriam parte da acusação fiscal. Efetivamente, teve o autuado logrado êxito, uma vez que, se constata das peças juntadas aos autos que o mesmo comprova parte dos documentos fiscais, conforme documentos de fls. 175 a 215 dos autos. Assim, quanto ao item em comento devem ser considerados os valores relativos às notas fiscais e contas de energia elétrica citados no demonstrativo de fl. 160, elaborado pela Assessoria Jurídica da Procuradoria, deduzindo-se os valores exigidos no acórdão de 1<sup>a</sup> Instância, passando o valor de R\$13.079,49 para R\$7.480,50.

Quanto à 2<sup>a</sup> Infração, verifico que a Nota Fiscal nº 19805, emitida pela empresa Comercial Braga Importação e Exportação Ltda., destinou as mercadorias ali consignadas para armazenamento na Empreso autuado, consignando o endereço Br. 324 Km 106 no Centro Industrial Subaé e indicando a Inscrição Estadual nº 45.066.216, que pertence a empresa autuado porém o endereço Av. Maria Quitéria. Diante do documento acostado à fl. 119, verifica-se a existência de dois estabelecimentos como sendo a Inscrição nº 45.066.216, na Av. Maria Quitéria e a de nº 50.678.121 na Br. 324, Km 106.

Cabia ao autuante antes de proceder a fiscalização verificar tal situação para justificar a glosa dos créditos, diante da falta de emissão de notas fiscais do retorno das mercadorias. Mas, limitou-se a fazer observações às fls. 118 recomendado diligência para esclarecer os fatos concernentes à regularidade das operações amparadas pelos documentos, referindo-se às notas fiscais de retorno pela Comercial Braga. Considero que todas essas circunstâncias tornam inconsistentes a acusação e neste sentido acolho o pedido de Improcedência do item 2, constante da Representação.

Ressalte-se que vislumbro no presente caso, ter havido negligência do autuante, que alegou boa fé, ao deixar de formalizar as intimações para apresentação dos documentos fiscais, uma vez que é inerente à atividade administrativa do lançamento a observância às prescrições legais, pois se tratando de atividade vinculada não pode a autoridade administrativa prescindir da prática de determinadas formalidades, *in casu*, solicitar documentos e exigir a apresentação de livros, mediante intimação, como prescreve o artigo 28 do RPAF/99, que determina a lavratura do Termo de Intimação (inciso II), dentre outros procedimentos.

Quanto aos fundamentos da Decisão proferida na 1<sup>a</sup> Instância que argui o art. 670, a seus incisos para não acatar os documentos de fls. 105 a 111, que foram emitidos pela empresa Comercial Braga quanto ao retorno das mercadorias, entendo que aquele artigo não se aplica ao caso por que se trata de dispositivos referente à documentação de remessa e retorno de Armazéns Gerais.

Ocorre, que o registro no livro de Entradas da empresa Comercial Braga e a emissão de notas fiscais de entrada (retorno da mercadoria), pela própria empresa, cujas quantidades e valores parciais coincidem com o valor total da nota fiscal de remessa para armazenamento, conforme consta no campo de código da operação, destacado na Nota Fiscal nº 19805 (fl. 15), comprovam o retorno das mercadorias.

É certo de que houve irregularidade por parte da empresa autuada que deveria ter dado saída das mercadorias com a emissão de nota fiscal, ao proceder o retorno das mesmas, contudo, neste caso, não cabe a exigência de imposto como responsável solidário, restando patente que houve descumprimento de obrigação acessória, que inclusive foi sugerido na Representação, embora indicando erroneamente a multa de 100% prevista no art. 42, inciso IV, “ a” da Lei nº 7014/96., mas, pela falta de emissão da nota fiscal onde não haveria destaque de imposto, neste caso, cabível apenas a multa prevista no inciso XXII da citada lei, ou seja R\$40,00 (quarenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente em lei, com a redação atual dada pela Lei nº 7753/00.

Por todo o acima exposto, ACOLHO a presente Representação da PROFAZ nos termos em que foi proposta, ressalvando quanto à multa aplicável à infração 2.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR.DA PROFAZ