

**PROCESSO** - A. I. N° 147324.0011/07-0  
**RECORRENTE** - LEBRE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0058-03/08  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 13/04/2009

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0058-12/09

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. A legislação só admite a utilização do crédito pelo valor corretamente calculado. Mantida a Decisão recorrida. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO AO DIREITO DE USO. Inexistência de documentos que acobertem e dêem sustentação ao lançamento efetuado pelo sujeito passivo. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. VENDAS PARA ENTREGA FUTURA. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. NOTA FISCAL SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. Ficou comprovado que as operações se referem a simples faturamento. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitado o pedido de diligência. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado em razão de sete infrações, sendo objetos do presente Recurso as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais. Meses de agosto e setembro/2003. ICMS no valor de R\$8.876,04.

INFRAÇÃO 2: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação. Mês de dezembro/2003. ICMS no valor de R\$18.946,74.

INFRAÇÃO 3: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito ao referido crédito. Meses de junho e dezembro/2003. ICMS no valor de R\$8.876,04.

INFRAÇÃO 5: Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Mês de dezembro/2003. ICMS no valor de R\$9.084,60.

O autuado apresentou defesa e, referindo-se à infração 1, afirmou que a utilização dos créditos fiscais foi correta, pois as mercadorias vieram com o destaque do ICMS à alíquota interna do estado de origem (19%). Quanto às infrações 2 e 3, alegou que as notas fiscais de entradas foram emitidas para registrar as devoluções de mercadorias cujas vendas foram canceladas e, portanto, tinha direito aos créditos fiscais para anular os débitos correspondentes às saídas canceladas. No que tange à infração 5, alegou que as notas fiscais colacionadas aos autos eram destinadas “a

*simples faturamento, simples controle contábil, destituídas de qualquer valor fiscal”* e, portanto, não havia o que se falar em recolhimento de ICMS.

Na informação fiscal, fls. 240 a 243, a autuante manteve a autuação em todos os seus termos.

Na sessão de julgamento, em sua sustentação oral, o autuado suscitou a nulidade da infração 5, argumentando que havia erro no enquadramento legal utilizado pela autuante.

Na Decisão recorrida, a preliminar de nulidade da infração 5 foi afastada, pois considerou a primeira instância que o autuado tinha entendido a acusação que lhe fora imputada e dela se defendeu abordando os diversos aspectos da acusação. A solicitação de diligência foi indeferida, uma vez que os elementos já existentes nos autos como suficientes para o deslinde das questões.

A infração 1 foi julgada procedente, sob o argumento de que as mercadorias provenientes do Estado do Rio de Janeiro deveriam conter destaque do imposto à alíquota de 7%. A relatora ressaltou que o RICMS-BA só permite a apropriação de crédito fiscal corretamente destacado.

Decidiu a 3ª JF pela procedência das infrações 2 e 3, tendo em vista que o autuado não adotou as providências previstas no art. 653, § 2º, I e II, do RICMS-BA, para comprovar as devoluções.

A infração 5 foi também julgada procedente. A relatora salientou que o regime especial concedido à PETROBRÁS era referente à centralização do cumprimento das obrigações tributárias daquela empresa, não abrangendo o autuado. Afirmou que as mercadorias em questão eram tributáveis e que a operação realizada era uma venda para entrega futura, portanto, com incidência do imposto. Sustentou que *“assiste razão à autuante quanto a que as citadas notas fiscais de fls. 35 e 36 não são para simples faturamento – estas, sem incidência do imposto - mas, sim, de venda para entrega futura”*.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, alegando que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Quanto à infração 1, assegura que a acusação não procede, pois, nos termos do art. 93, § 5º, I, e art. 97, VII, do RICMS-BA, não houve aproveitamento indevido de crédito fiscal de ICMS. Explica que em razão de garantia contratual, ao ser comunicado da quebra de algum equipamento de informática, solicita ao respectivo fornecedor o envio de uma nova peça para substituir a defeituosa. Diz que ao remeter a nova peça, o fornecedor destaca o imposto de acordo com a alíquota interna do seu Estado, no caso 19%. Assegura que a devolução da peça defeituosa é feita à alíquota de 19%, o que não enseja prejuízo ao Estado da Bahia. Sustenta que, conforme a documentação que ora é colacionada aos autos, o recebimento e a devolução das peças ocorreram dentro de um mesmo período e, portanto, não houve prejuízo para o fisco.

Relativamente à infração 2, o recorrente diz que, nesta oportunidade, traz à colação declarações emitidas pela ANS – Agência Nacional de Saúde Complementar, que comprovam a devolução das mercadorias referentes às Notas Fiscais de Entradas de fls. 20 e 21 dos autos, escrituradas no Registro de Entradas acostado à fl. 182. Diz que está atendido o previsto no art. 653 do RICMS-BA.

No que tange à infração 3, afirma que, nessa oportunidade, acosta ao processo declarações da CEDAE – Companhia Estadual de Águas e Esgotos, atestando a efetiva devolução das mercadorias consignadas nas notas fiscais de entradas citadas na autuação. Diz que estão atendidas as condições previstas no art. 653 do RICMS-BA.

Quanto à infração 5, o recorrente sustenta que as notas fiscais colacionadas aos autos são referentes a operações de vendas à ordem, remetidas a unidades da PETROBRAS. Salienta que a PETROBRÁS possuía regime especial, concedido nos termos do Processo nº 657.626/93 e Parecer nº 863/93, bem como no Processo nº 16.593/98 e Parecer nº 1.1260/98, todos da DAT/DITRI/GECOT da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Após transcrever o disposto no art. 411 do RICMS-BA, o recorrente afirma que efetuou o recolhimento do ICMS incidente sobre a referida operação

centralizada, conforme DAE acostado ao processo. Menciona que escriturou o desmembramento das notas fiscais de fls. 35/36, segundo os documentos em anexo (“Doc. 04”).

Ao finalizar seu arrazoadado, o recorrente solicita que as infrações 1, 2, 3 e 5 sejam julgadas improcedentes. Requer a realização de diligência pela ASTEC, para análise da documentação acostada ao processo.

Ao exarar o Parecer de fls. 281 a 283, a ilustre representante da PGE/PROFIS salientou que o recorrente não acostou ao processo as provas citadas no Recurso e, portanto, não havia como prosperar as razões recursais. Considerando a falta de prova das alegações recursais, a procuradora opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento, o recorrente apresentou a petição de fls. 286 a 290, onde solicitou que fossem acostados ao processo os documentos de fls. 291 a 303. Nessa petição, referindo-se à infração 2, o recorrente afirma que o documento de fl. 292 (doc. 1), declaração da ANS comprova a devolução das mercadorias citadas nas notas fiscais de entradas de fls. 20 e 21, escrituradas no Registro de Entradas de fl. 182. Quanto à infração 3, diz que os documentos de fls. 194 e 198, declaração emitida pela CEDAE e fotocópias de notas fiscais, comprovam a devolução das mercadorias referidas nas notas fiscais de entradas escrituradas no Registro de Entradas. No que tange à infração 5, afirma que os documentos de fls. 300 a 303, cópias de notas fiscais, comprovam que as notas fiscais relacionadas na autuação são decorrentes de operação de venda à ordem. Ao finalizar, solicita que as infrações 1, 2, 3 e 5 sejam julgadas improcedentes. Requer que os documentos sejam analisados pela ASTEC.

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS para emissão de Parecer, foi sugerida a conversão do processo em diligência, para que a ASTEC informasse se os documentos juntados ao processo por meio da petição de fls. 286 a 290 eram capazes de comprovar as alegações do recorrente.

Após apreciação do processo em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF que a diligência sugerida pela ilustre representante da PGE/PROFIS se mostrava desnecessária, pois não cabia à ASTEC a emissão de juízo de valor acerca das provas apresentadas.

Ao exarar o Parecer de fls. 313 e 314, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o documento de fl. 292, denominado de Doc. 01, não se presta como meio de prova, pois é uma fotocópia ilegível e sem identificação do subscritor quanto à sua representação junto à ANS.

No que tange à infração 3, a procuradora diz que a declaração emitida pela CEDAE e os documentos de fls. 294/298 comprovam a efetiva devolução das mercadorias referidas nas notas fiscais de entradas e escrituradas no Registro de Entradas de fl. 182.

Quanto à infração 5, afirma que os documentos de fls. 300/303 comprovam a improcedência dessa infração, pois há coincidência de valores e de mercadorias e também há referência ao documento fiscal de simples faturamento no documento fiscal que acobertou a operação de saída.

Ao finalizar seu Parecer, a ilustre procuradora opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para julgar as infrações 3 e 5 improcedentes. Esse Parecer foi ratificado pela doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado.

## VOTO

É objeto do Recurso Voluntário a Decisão de primeira instância que julgou procedentes as infrações 1, 2, 3 e 5.

Inicialmente, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos, bem como os apresentados na sessão de julgamento, são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Assim, não há motivo capaz de justificar a realização da diligência solicitada pelo recorrente.

Quanto à infração 1 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a mais nos documentos fiscais –, o exame das notas fiscais acostadas ao processo evidencia que as operações arroladas nesse item do lançamento são referentes a remessas interestaduais de produtos de informática, destinados à substituição de equipamentos que se encontravam em garantia.

O disposto no art. 520 do RICMS-BA, com a redação vigente à época dos fatos geradores, previa que as remessas destinadas à substituição de produtos em garantia eram amparadas por documentos fiscais com destaque do ICMS. Como as remessas em questão eram provenientes da Região Sudeste (Estado do Rio de Janeiro), a alíquota cabível era de 7%, conforme previsto no inciso II do parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 22/89 do Senado Federal.

Tendo em vista que as remessas vieram com o destaque do ICMS à alíquota de 19%, o recorrente só poderia se creditar do imposto calculado à alíquota de 7%, pois o disposto no § 5º do art. 93 do RICMS-BA previa que “*somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado*”. Desse modo, foi acertado o procedimento da autuante ao glosar o crédito fiscal relativamente à parcela que excedia ao permitido e, em consequência, também foi correta a Decisão da primeira instância ao manter esse item da autuação.

O recorrente alegou que estava juntando ao processo documentos que comprovavam a ausência de prejuízo ao Estado nessas operações, contudo até a presente data nenhum documento foi acostado aos autos relativamente a essa infração.

Quanto à infração 2 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação –, efetivamente o disposto no artigo 653 do RICMS-BA prever a hipótese de utilização de crédito fiscal de ICMS nos casos de devoluções realizadas por consumidores finais ou por pessoas jurídicas não obrigadas à emissão de nota fiscal. Todavia, o § 2º desse mesmo dispositivo regulamentar impõe ao estabelecimento que receber as devoluções o cumprimento das seguintes obrigações acessórias:

*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;*

No caso em tela, o recorrente emitiu a nota fiscal citada no inciso I (fls. 20 a 23), porém não cumpriu o previsto no inciso II. O atendimento das obrigações acessórias discriminadas no inciso II, transcrito acima, é fundamental para se comprovar a devolução e, assim, resguardar o Erário de prejuízos referentes a operações que não representem reais devoluções.

Na sessão de julgamento, o recorrente apresentou o documento de fl. 292, porém, como foi bem ressaltado pela ilustre representante da PGE/POFIS, esse documento, além de se mostrar quase ilegível, não traz qualquer identificação da representação do seu subscritor junto à Agência Nacional de Saúde Complementar – ANS.

Dessa forma, em consonância com o Parecer de PGE/PROFIS, considero que a infração subsiste, pois o recorrente não conseguiu comprovar que cumpriu as condições previstas pela legislação tributária estadual como necessárias para atestar a operação que ensejaria a utilização do crédito fiscal. Correta a Decisão de primeira instância.

Na infração 3, o recorrente fora acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação dos documentos comprobatórios do direito aos referidos créditos. Trata-se de devolução das mercadorias consignadas nas Notas Fiscais de Entradas nºs 29204 e 30313 (fls. 25 e 26), ambas no valor de R\$ 28.455,77 e referentes às mesmas mercadorias, lançadas no livro Registro de Entradas (fls. 154 e 180).

Visando elidir essa acusação, o recorrente apresentou os documentos de fls. 294 a 298.

Examinando esses documentos, considero que a declaração da CEDAE (fl. 294), a fotocópia da Nota Fiscal de Saída nº 28467 (fl. 296) e a fotocópia da Nota Fiscal de Entrada nº 29204 (fl. 297) não são elementos suficientes para se comprovar a efetiva devolução das mercadorias, pois, na declaração de fl. 294, o preposto da CEDAE se limitou a atestar o que foi afirmado pelo recorrente, não tendo sido atendido, assim, ao previsto no inciso II do § 2º do art. 653 do RICMS-BA. Quanto aos demais documentos acostados aos autos, a explicação de fl. 295 e a fotocópia da Nota Fiscal de Saída nº 29255, não comprovam a devolução das mercadorias consignadas na Nota Fiscal de Entrada nº 30313 (fl. 26), emitida pelo recorrente, uma vez que esses documentos não fazem referência à nota fiscal de entrada.

Dessa forma, a infração 3 está caracterizada e, portanto, foi correta a Decisão de primeira instância, a qual fica mantida inalterada.

Relativamente à infração 5 – falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis –, o recorrente apresentou os documentos de fls. 300 a 303.

Examinando esses documentos, constata-se que há uma correlação entre eles, coincidindo as mercadorias e os valores, sendo que nas Notas Fiscais nºs 30833 e 30832 (fl. 300 e 302) está destacado o imposto que foi cobrado nesse item da autuação. Dessa forma, a Decisão recorrida deve ser modificada, para que a infração em tela seja julgada improcedente.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar a infração 5 improcedente, mantendo inalterados os demais itens da Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147324.0011/07-0, lavrado contra **LEBRE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$43.809,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.687,54**, previstas no artigo 42, incisos IX e XI, da mencionada lei, modificada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS