

PROCESSO	- A. I. N° 298958.0010/12-0
RECORRENTE	- DASS NORDESTE CALÇADOS E ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA. (DILLY NORDESTE LTDA.)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0014-03/13
ORIGEM	- IFEP – DAT/NORTE
INTERNET	- 20/08/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0230-12/13

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Provado a ocorrência de retorno de parte das aquisições. O impugnante não comprovou ter autorização do Secretário da Fazenda, mediante ato específico, conforme preconiza o art. 2º do Decreto nº 10.972/08. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2012 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$169.029,67, em decorrência do cometimento de 05 (cinco) infrações, sendo que o Sujeito Passivo somente contesta as infrações 1, 2 e 5, a seguir descritas:

Infração 01 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor de R\$14.813,82 no mês de agosto de 2009, acrescido de multa de 50%.

Infração 02 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração, no valor de R\$5.286,79, no mês de julho de 2009, acrescido de multa de 60%.

Infração 05 – Deu entrada no estabelecimento, de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de fevereiro, junho e setembro de 2008, fevereiro, abril e agosto de 2009, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor tributável, no valor de R\$7.392,16.

Foram apresentadas Defesa tempestiva as fls. 71 a 76, pugnando pela improcedência das infrações 1, 2 e 5, e Informação Fiscal pelo autuante, as fls. 127 a 130, alternado somente parte da infração 5 e pedindo pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 3ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

“VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com todas as formalidades legais pertinentes ao lançamento do crédito tributário, sendo as infrações perfeitamente descritas, tipificadas, identificado o sujeito passivo e respeitado o devido processo legal, com intervenção do autuado impugnando o lançamento. Constatou

também, que a lide se resume às infrações 01, 02 e 05, conforme declaração do próprio impugnante em sua defesa.

Pelo exposto na impugnação e na informação fiscal, o lançamento das infrações 01 e 02 decorrem tão somente do indeferimento do Inspetor Fazendário, acerca do pedido de aproveitamento dos créditos acumulados do PROCOMEX para compensação do saldo devedor nos meses de julho e agosto de 2009.

A respeito disso, vejamos agora o que diz o art. 2º do Dec. 10.972/08.

Art. 2º - O crédito fiscal previsto no art. 1º, não absorvido no final de cada período de apuração do imposto e transferido para o livro especial de créditos fiscais acumulados, poderá ser, mediante autorização do Secretário da Fazenda, através de ato específico, em cada caso:

I - utilizado pelo próprio contribuinte para pagamentos de débitos decorrentes de entrada de mercadoria importada do exterior, denúncia espontânea, autuação fiscal ou do imposto retido por substituição tributária;

II - transferido a outros contribuintes localizados neste Estado para pagamentos de débitos decorrentes de entrada de mercadoria importada do exterior, denúncia espontânea ou autuação fiscal ou para dedução no regime normal de apuração do imposto a recolher.

Parágrafo 1º - O contribuinte deverá protocolizar petição informando o valor a ser utilizado ou transferido, a finalidade, bem como o nome, o endereço e os números de inscrição estadual e do CNPJ do destinatário, na hipótese de pedido de transferência.

Assim, entendo que o pedido foi indeferido pelo inspetor porque a competência para o deferimento do pedido, é do Secretário da Fazenda. O impugnante não comprova ter autorização do Secretário, mediante ato específico, conforme preconiza o art. 2º do Dec. 10.972/08. Já há precedentes neste Conselho, onde o autuado utilizou-se dos créditos do PROCOMEX sem autorização em função da demora da administração em atender ao pedido, e quando autuado, solicitou a dispensa da multa ao apelo de equidade, por inexistência de dolo ou má fé.

ACÓRDÃO CS Nº 0002-21/10

EMENTA: ICMS. PEDIDO DE DISPENSA DE MULTA. APELO DE EQUIDADE. ADMISSIBILIDADE

Adentrando no mérito, se encontram evidenciados nos presentes fólios que o Auto de Infração fora lavrado contra o requerente em razão de falta de recolhimento de ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em razão de haver processado a compensação desses valores com os créditos que possuía do PROCOMEX, sem que tenha recebido autorização específica solicitada por meio do Processo nº 133500/2006-7 ao Secretário da Fazenda, conforme previsão expressa pelo Art. 12-A do Decreto nº 9.426/05. Correta a Decisão, direcionada no sentido de excluir a multa lançada no Auto de Infração. Isto porque o pleito do contribuinte de compensar débitos de ICMS-ST, com os créditos acumulados, encontrava amparo na legislação de regência do benefício do PROCOMEX. Ademais restou comprovado que houve demora significativa da Administração Tributária em formalizar resposta ao pleito empresarial relativamente à compensação acima referenciada. Também presentes os pressupostos objetivos e subjetivos para a concessão da dispensa da penalidade, atinentes ao pagamento do tributo e consectários e a demonstração de que o sujeito passivo agiu de boa-fé”.

No caso em evidência, o autuado protocolou pedido ao Secretário, e por motivo de demora da administração, efetuou a compensação e o Conselho entendeu que a multa era passível de redução, mas não absolveu o autuado do lançamento tributário efetuado no Auto de Infração, por este ter agido de boa fé.

Assim, pelo exposto, considero procedentes as infrações 01 e 02.

Quanto à infração 05, o autuante reconhece as Notas Fiscais 109870, 110238 e 999500 como registradas e de fato às fls. 110, 111, 112 está comprovado o registro no livro de entradas do impugnante, refuta as demais sob argumento de haver transitado no estado da Bahia e considera o cancelamento surpreendente diante das provas apresentadas, e por fim questiona a devolução da nota fiscal 763 e sua substituição pelo 770, pois não tem as mesmas mercadorias.

As mercadorias adquiridas podem sofrer devolução, após a entrada no estabelecimento, nos termos do art. 651 do RICMS, ou retorno, quando é recusada, e assim a mercadoria volta ao emitente com o carimbo do cliente expondo a recusa do recebimento, e às vezes, por descuido, nem é carimbada pelo cliente. Assim, é fato que mercadorias devolvidas ou retornadas ao emitente, as notas fiscais aParecerem no controle do CFAMT como tendo circulação, e não caracterizam prova inequívoca da sua aceitação por parte do adquirente. A circulação no trânsito não é prova incontestável da falta de escrituração de entrada, e quanto às notas nº 64312, 64394, 64401, consta devolução pelos registros de entradas do emitente às fls. 117; em relação à NF nº 4881, o impugnante fez prova de que foi cancelada pelo emitente à fl. 109, mas houve comprovação da circulação e neste caso não cabe cancelamento, mas apenas o retorno ou devolução, razão pela qual não acolho o argumento e a prova trazida pelo impugnante; quanto às Notas Fiscais de nºs 685919 e 732855, a alegação

apresentada pelo impugnante, de que foram remetidas para outro contribuinte, conforme provas às fls. 113/114 não considero suficientes, visto que as notas fiscais estão mesmo com destino à autuada, embora em uma delas conste endereço para entrega em outro município. Além disso, é singular o fato da impugnante ter conseguido junto ao remetente e ao transportador, as cópias dos documentos fiscais com divergências quanto ao local de entrega, revelando por parte destas empresas a boa fé em apresentar documentos com tais irregularidades, como se nada houvesse de comprometedor, pois se as operações de compra e entrega no local indicado não tivessem sido autorizadas pelo autuado, a fornecedora e a transportadora não teriam interesse ou boa vontade em produzir provas de operações fraudulentas, em que elas próprias teriam sido coniventes.

Também não restou comprovada a devolução da Nota Fiscal nº 763, pois não há registro de entrada no remetente, apenas a saída da Nota Fiscal nº 770 (fl.115), supostamente em substituição à NF 763, com mercadorias que constam nesta nota fiscal, e acrescida de outras. Além disso, a data de emissão da NF 763, 11/02/2009, comprova que foi emitida muito distante daquela que, segundo a impugnante, foi emitida em substituição, em 27/03/2009. Está caracterizado, que pelo decurso de tempo e pelos valores e itens divergentes, a Nota Fiscal 770 trata de outra devolução, desvinculada da nota não foi registrada pelo impugnante. Infração elidida parcialmente.

Assim, considero a infração 05 procedente em parte, devendo permanecer os valores abaixo relacionados.

INFRAÇÃO 05

NF	DATA	MULTA
4881	07/02/2008	751,00
685919	25/09/2008	394,90
763	11/02/2009	1.100,22
732855	31/07/2009	845,50
	TOTAL	3.091,61

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 179 a 185, objetivando a revisão do julgamento. Em sua peça recursal, repisa todos os argumentos já apresentados em defesa, sem anexar novos documentos fiscais ou demonstrativos.

Inicia seu Recurso trazendo a Resolução do Acórdão recorrido, para então alegar que foi equivocada a imputação de que teria praticado atos contrários à legislação reguladora do ICMS.

Quanto à infração 1, cobrando suposto ICMS devido referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios no valor de R\$14.813,82, de 31.08.2009, Diz que utilizou-se de créditos relativos à exportação, provenientes do PROCOMEX, que também estavam devidamente escriturados no Livro Próprio. Assevera que efetuou a emissão da Nota Fiscal nº 303.167 em 15.10.2009, no valor total de R\$15.548,59, correspondente ao principal mais juros e multa de R\$737,77. Fala que apresentou requerimento solicitando a referida compensação, conforme o Processo nº 1677220093.

Infere que, contrariamente ao que entendeu a Decisão recorrida, não fora comprovada a autorização do Secretário da Fazenda para a referida compensação, que foi indeferida, não porque ela era indevida, mas sim porque descabia a autorização, conforme o art. 2º do Decreto nº 10.972/2008, que transcreve. Com esse norte, alega que o dispositivo mencionado não elenca nas hipóteses em que se fazem necessárias às autorizações da SEFAZ para utilização do crédito, a situação em que o crédito é utilizado pelo próprio contribuinte, através de transferência entre filiais.

Fala que científica do indeferimento, dirigiu-se à fiscalização para verificar qual o procedimento para quitar tal débito e a SEFAZ registrou a baixa dos débitos no referido mês.

Quanto à infração 2, aduz que a fiscalização cobra um suposto recolhimento a menor de ICMS referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios em 31/07/2009, no valor de R\$5.286,79; que assim como no caso da infração 01, naquele período, a empresa utilizou-se de créditos relativos às exportações, provenientes do PROCOMEX; que para quitação do referido débito por compensação, a empresa efetuou e emissão da Nota Fiscal nº 303166 em 15/10/2009, no valor total de R\$5.765,97, pagando o principal e multas e juros no valor R\$479,18. Salienta ainda, que a empresa apresentou requerimento solicitando a referida compensação junto à Secretaria da Fazenda, para a quitação do débito (processo número 16765920093), (Parecer final na defesa).

Novamente argumenta que “*o indeferimento se deu, não pelo fato do recorrente não ter direito a compensação do referido valor com Crédito do Procomex, e sim porque não necessitava de processo de compensação, sendo necessário simplesmente o Registro de Compensação do Livro Próprio de Crédito do Procomex*”. Afirma que com relação aos débitos relatados nas infrações 1 e 2, em outra oportunidade, a própria Secretaria da Fazenda, por meio do órgão local, já havia questionado sobre os débitos do mês de julho e agosto de 2009, uma vez que foi assim declarado na DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS); que na ocasião, a empresa apresentou todos os documentos aqui referidos e a própria Secretaria da Fazenda liquidou o débito por compensação, baixando os mesmos em seus controles sistematizados, como pode comprovar pela Certidão Negativa de Débitos juntada na defesa.

No que tange a infração 5, o Recorrente repete as argumentações defensivas, discorrendo sobre as notas fiscais que embasam o lançamento.

Em relação à Nota Fiscal nº 4881 – Artecola Indústrias Químicas Ltda. – fala que esta nota foi cancelada pelo fornecedor, conforme consta na Cópia do livro Registro de Saídas Modelo P-2 do fornecedor que anexou em defesa e que, portanto, tendo o emitente do documento fiscal cancelado o mesmo, não há como a Dass Nordeste – destinatário, ter registrado o referido documento.

No que tange as Notas Fiscais de nºs 685919 e 732855 – Atlas Copco Brasil Ltda. – fala que apesar de estarem destinadas a Dass Nordeste de Santo Estevão, não tinha conhecimento das mesmas até sofrer a fiscalização. Que após pesquisa junto ao fornecedor e pela empresa que fez a entrega da mercadoria, constatou que estas Notas Fiscais foram entregues em outra empresa, conforme fls.113/114. Que a Nota Fiscal nº 685919, de acordo com o Conhecimento de Frete formulário nº 434964 da Rent a Truck Operador Logístico Ltda, em anexo, a mercadoria foi recebida por Airlet Equipamentos de Ar Comprimido Ltda; que quanto à Nota Fiscal nº 732855, de acordo com a cópia do conhecimento de frete, o Formulário nº 628396 em anexo, foi recebido por José Valter B. Sodros, o qual não conhece, e nunca trabalhou para a Dass.

Em relação à Nota Fiscal nº 763 - Leblon 1000 Sport Ltda EPP - diz que se trata de uma devolução de vendas. Ocorre que este cliente, ao emitir a referida nota fiscal, destacou mercadorias devolvidas, cuja venda foi efetuada por outro estabelecimento da empresa. Sendo assim, a Dass Nordeste, se recusou a receber a mercadoria, bem como a nota fiscal, solicitando ao cliente que efetuasse a operação corretamente de acordo com as faturas de venda; em 12 de março de 2009, o cliente refez a devolução, emitindo a Nota Fiscal nº 770 já apresentada, que, como pode se verificar, contém os mesmos dados da Nota Fiscal 763, com exceção ao item 1 da Nota Fiscal nº 763, e que a Nota Fiscal nº 770 foi devidamente registrada na escrita fiscal.

Reforça que nenhuma mercadoria ou nota fiscal das constantes na infração 5 fora recebida pelo recorrente, não podendo então ser penalizada pela falta de lançamento.

Ao final de sua petição, requer a total Procedência do Recurso Voluntário para considerar nulo o Auto de Infração ou os itens 1, 2 e 5, ou, alternativamente, com base no art. 159, §1º, II do RPAF, seja reduzida a multa imposta.

Em termos, os autos foram encaminhados a PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 194 e 195, a i. procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, após breve relato dos fatos e das argumentações recursais, entende que, considerando os Parecer intermediários da SEFAZ/DITRI às fls. 131 a 133 que orientam o contribuinte no sentido de que a autorização da Secretaria não é necessária, os autos deveriam ser encaminhados em diligência à INFRAZ de origem para esclarecimentos.

Quanto às notas fiscais canceladas, a n. Procuradora concorda com a JJF de que houve circularização na Bahia, conforme comprovado pelo sistema CFAMT, sendo que o caso não seria de cancelamento e sim de devolução, não podendo ser aceitas as notas canceladas como prova.

Quanto às Notas Fiscais nºs 64.312, 64.394 e 64.401 a Procuradora discorda do quanto decidido pela primeira instância, uma vez que “*a fundamentação lançada a Decisão é de cunho meta jurídico. Não pode se desprezar o poder probante de um documento fiscal por meras suposições*”. Assevera que os documentos trazidos pelo Contribuinte às fls. 113 a 117 comprovam que as referidas notas fiscais foram destinadas à outra empresa, não devendo ser exigida multa por falta de registro nos livros do Recorrente.

Na Sessão de Pauta Suplementar do dia 21.05.2013, a 2ª CJF indeferiu a diligência requerida, pois os créditos do PROCOMEX já foram contabilizados e compensados, conforme o demonstrativo de fl. 12 dos autos, não sendo então cobrados no presente Auto de Infração.

Em manifestação de fls. 203, a i. Procuradora exara Parecer reiterando o opinativo de fls. 194 a 195 e aduzindo que foi constatado que o Contribuinte utilizou-se do crédito acumulado.

VOTO

Primeiramente mesmo não sendo arguidas questões de específicas de nulidade, mas perquiridas no pedido de forma genérica, adentro as questões preliminares. Da análise dos documentos dos autos, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes às infrações em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Deste modo, não vejo nenhum vício que inquine de nulidade o Auto de Infração ou o procedimento fiscal aqui vergastado.

Passo para a análise do mérito.

O Sujeito Passivo argui que os créditos do PROCOMEX não forma respeitados pela fiscalização, o que levou a imputação das infrações 1 e 2. Embora a n. JJF tenha tecido considerações quanto ao direito ao crédito do PROCOMEX, pela análise dos demonstrativos e livros fiscais do próprio Contribuinte que embasaram os lançamentos fiscais, vejo que esta questão não é pertinente ao caso em lide, uma vez que, consoante o documento de fls 12 dos autos, cópia do Livro Registro de Apuração do mês de agosto de 2009, está registrado a débito do imposto o valor relativo a transferência de saldo do PROCOMEX, no valor de R\$220.801,36.

Dessa forma, tanto as argumentações recursais de consideração do referido crédito, quanto o embasamento legal citado pelo voto da d. 3ª JJF não são adequadas para a resolução da presente lide.

Entendo que, superada a questão da utilização do crédito do PROCOMEX, não foram colocados pelo Recorrente outros argumentos jurídicos capazes de reformular o resultado proferido pelos julgadores de piso.

Infrações 1 e 2 procedentes, conforme o julgamento da Primeira Instância.

Quanto à infração 5, o Recorrente aduz que as notas fiscais não foram contabilizadas ou não entraram no estabelecimento ou foram devolvidas ou canceladas.

Parte das alegações defensivas foram acolhidas pelo autuante, a exemplo das Notas Fiscais nºs 109870, 110238 e 999500 que estão devidamente registradas nos livros fiscais. A JJF teceu várias considerações que julgo corretas.

Entretanto, a PGE/PROFIS, por um pequeno lapso devido a redação do voto de piso, entendeu que a JJF manteve a penalidade em relação Notas Fiscais nºs 64312, 64394 e 64401, emitidas pela Têxtil Matec Ltda. Entretanto, vejo que ao contrário do que asseverou a nobre PGE/PROFIS, a 3ª JJF excluiu da autuação as referidas notas, pois verificou que as mercadorias foram devolvidas pelo adquirente (no caso a Dass Nordeste) ao fornecedor e, portanto, foram contabilizadas em seus

livros fiscais. Consta nos autos que o fornecedor emitiu notas fiscais de entrada (nºs 1460, 1458 e 1457 respectivamente), para acobertar o retorno das mercadorias, consoante o art. 636 do RICMS/BA-97, vigente a época dos fatos.

Portanto, não há lide em relação a tais documentos fiscais (Notas Fiscais nºs 109870, 110238 e 999500), pois, já excluídas da autuação, conforme julgamento de piso.

Entretanto, em relação às Notas que foram mantidas na infração 5 (nºs 4881, 685919, 763, 732855), faz necessária uma revisão em duas delas, eis que, conforme se depreende das provas trazidas aos autos, a Nota Fiscal nº 4881 foi realmente cancelada pelo emitente com a devolução das mercadorias, e a Nota Fiscal nº 763 realmente trata de devolução de mercadorias, que foram reenviadas posteriormente em quase sua totalidade ao Recorrente sob a Nota Fiscal nº 770, e que fora devidamente escriturada, conforme o livro de registro de entradas, carreados aos autos.

Em relação às Notas Fiscais de nºs 685919 e 732855, entendo correto o posicionamento da JJJ ao afastar a alegação apresentada do impugnante, de que foram remetidas para outro contribuinte, conforme provas às fls. 113/114. Pela análise dos conhecimentos de transporte (CTRC) e das próprias notas, se deduz que elas tiveram o mesmo como destino a autuada, embora em uma delas conste endereço para entrega em outro município, mas que não ocorreu de fato, conforme o próprio conhecimento de transporte.

Dessa forma, a infração 5 resta assim caracterizada:

NF	DATA	MULTA
685919	25/09/2008	394,90
732855	31/07/2009	845,50
TOTAL		1.240,40

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir o débito da infração 5, para julgar o Auto de Infração em epígrafe PARCIALMENTE PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 298958.0010/12-0, lavrado contra **DASS NORDESTE CALÇADOS E ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$161.637,51**, acrescido das multas de 50% sobre R\$14.813,82 e 60% sobre R\$146.823,69, previstas no art. 42, incisos I, alíneas “a” e “e” II, “b” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$1.240,40**, previstas no inciso IX, do referido artigo e Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS