

A. I. Nº - 088503.0001/08-0
AUTUADO - LOJAS INSINUANTE LTDA.
AUTUANTES - REGINALDO PAIVA DE BARROS e SIMONE MARIA VALVERDE GUIMARÃES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 17. 11. 2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0336-01/10

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Os valores lançados representam o imposto correspondente às operações antecedentes, cujo lançamento estava diferido em virtude da responsabilidade atribuída por lei ao autuado. Infração comprovada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Restou comprovado o cometimento da infração. Infração subsistente. 3. BASE DE CÁLCULO. DESPESAS ACESSÓRIAS. GARANTIA ESTENDIDA. Compõem a base de cálculo do ICMS todas as despesas acessórias cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias. Infração caracterizada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO/CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que se tratava de aquisições de combustível para aviação e de impressos personalizado. Infração não caracterizada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Efetuadas correções no cálculo dos valores devidos. Infrações parcialmente caracterizadas. Afastadas as preliminares de nulidade e a solicitação de refazimento de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 11/12/08 para exigir ICMS, no valor de R\$ 3.697.640,02, mais multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor de R\$ 954.663,14, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de janeiro de 2005 a novembro de 2006. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 289.376,93, mais multa de 60%.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria do imposto por antecipação tributária, nos meses de março a maio de 2006, no valor de R\$ 4.644,52, mais multa de 60%. Refere-se a aquisições de apar

3. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2005 a fevereiro de 2006 e de maio a dezembro de 2006. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 2.381.128,48. Refere-se a garantia estendida não computada na base de cálculo do ICMS.

4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro de 2005 a março de 2006 e de maio a dezembro de 2006. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 1.022.490,09, mais multa de 60%.

5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, de janeiro a abril e de junho a dezembro de 2006. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor de R\$ 945.706,88, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas.

6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a dezembro de 2005, de janeiro a abril, de julho, setembro, novembro e dezembro de 2006. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor de R\$ 8.956,26, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas.

O autuado apresenta defesa (fls. 2648 a 2674 – Vol. X e XI) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, alegando que não recebeu cópia de toda a documentação que embasara o lançamento, violando, assim, a ampla defesa e o contraditório. Diz que, no Auto de Infração, há referências a demonstrativos e documentos que não lhe foram entregues e que não constam nos autos. Sustenta que apenas recebeu cópia do Auto de Infração (cinco páginas), do Demonstrativo de Débito (seis páginas) e do Anexo do Demonstrativo de Débito (uma página). Aduz que, em 12/01/09, protocolou requerimento denunciando o fato à repartição fazendária de seu domicílio fiscal (fl. 2681 – Vol. XI). Transcreve o disposto no artigo 41 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal aprovado pelo Dec. 7.629/99 (RPAF/99) e cita doutrina.

No mérito, quanto à infração 01, o autuado afirma que o fornecedor das refeições recolheu o ICMS devido e, assim, não cabe novo pagamento do imposto, sob pena de incidir em bis in idem. Sustenta que, ao deixar de consignar nas notas fiscais que o ICMS estava diferido, o fornecedor das refeições abdicou do benefício fiscal do diferimento e recolheu o ICMS em conformidade com o regime de apuração que a ele se aplicava. Acosta ao processo documentos (fls. 1881/1882 e 1885/1888 – Vol. VIII) referentes a recolhimento de ICMS realizados pelo fornecedor das refeições, bem como fotocópia das notas fiscais arroladas nesse item do lançamento.

Sustenta que, segundo o Parecer DITRI nº 13729/2008 (fl. 1883 – Vol. VIII), quando o fornecedor for optante pelo regime de apuração em função da receita bruta, o cálculo do ICMS diferido deve ser feito utilizando o percentual estabelecido nesse regime. Diz que, no seu caso, o fornecedor era optante pelo SIMBAHIA e, posteriormente, passou para o regime normal de apuração, tudo conforme as notas fiscais anexadas ao processo (fls. 1890 a 1994).

Requer que a infração em comento seja julgada improcedente ou procedente em parte, com a dedução dos valores recolhidos pelo fornecedor das refeições, conforme decidiu este CONSEF na Resolução nº 1990/00 (fl. 1884).

Quanto à infração 02, o autuado, inicialmente, salienta que não foi anexado ao processo demonstrativo desse item do lançamento e, assim, reitera os termos da preliminar já suscitada.

Explica que as mercadorias (aparelhos de telefonia celular) foram recebidas, em transferências, de filiais localizadas no Estado da Bahia e, como estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, a utilização de crédito fiscal era vedada. Diz que nas notas fiscais de transferência não havia equívoco, o ICMS foi destacado, porém as suas filiais se debitaram destaque, tudo conforme demonstrativo e fotocópia de livros e notas 2036 (Vol. VIII).

Sustenta que não houve prejuízo para o Estado, pois os estabelecimentos filiais remetentes se debitaram do ICMS nas saídas dos produtos, bem como se tratava de estabelecimentos de uma mesma empresa. Solicita que esse item do lançamento seja julgado improcedente.

No que tange à infração 03, o autuado, inicialmente, salienta que não foi anexado ao processo demonstrativo desse item do lançamento e, assim, reitera os termos da preliminar já suscitada.

Destaca que os autuantes não trouxeram ao processo informações sobre a natureza jurídica da “garantia estendida”, bem como sustenta que o enquadramento correto da infração seria o art. 54, I, “a”, do RICMS-BA, e não, o art. 56, como consta no Auto de Infração. Frisa que essa imprecisão na descrição dos fatos e no enquadramento legal acarreta a nulidade desse item do lançamento, ao teor do disposto no art. 39, III, do RPAF/99.

Explica que a garantia estendida é um seguro opcional que, mediante o pagamento de um prêmio, amplia o prazo da garantia do fabricante. Ressalta que esse tipo de seguro está regulado pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, através das Resoluções 122/2005 e 146/2005 (fls. 2099 a 2113) e diz que, para prestar esse serviço em todas as suas lojas, foi contratado por uma companhia seguradora (fls. 2061 a 2092).

Menciona que, ao efetuar a venda de um determinado produto, é concedida ao adquirente uma garantia de fábrica por um ano. Após a venda da mercadoria, é oferecido ao consumidor um seguro denominado “seguro de garantia estendida”, o qual alonga a garantia do fabricante por mais um ou dois anos. No ato da contratação, o adquirente assina um documento denominado “Certificado de Garantia Estendida Diferenciada Garantech.” (fl. 2094), paga o valor do prêmio do seguro e recebe um comprovante não fiscal (2093).

Aduz que os valores são recebidos por conta e ordem da seguradora e são contabilizados no seu passivo circulante, sendo repassados à seguradora no prazo pactuado. Diz que, após a apuração do valor intermediado em todas as lojas, é emitida uma nota fiscal de prestação de serviço, para recebimento da sua comissão. Afirma que o valor é contabilizado a crédito da conta de “Serviços Prestados” e a débito do ativo circulante. Diz que, do montante recebido por conta e ordem da seguradora, abate uma parcela referente ao serviço de intermediação, pagando à seguradora o valor líquido. Aduz que o seu contrato social prevê a prestação de serviço de intermediação na venda de garantia estendida de bens, conforme a Alteração Contratual nº 144, cláusula 3º, arquivada na Junta Comercial do Estado da Bahia (fl. 2040).

Destaca que a contabilização da venda de garantia estendida é centralizada na sua sede administrativa, a qual está localizada no estabelecimento autuado (Loja 30). Diz que a receita da prestação de serviço inserida no Auto de Infração pertence a todos os seus estabelecimentos. Frisa que a Loja 30 não efetua venda de garantia estendida e que os valores recebidos nessa loja pertencem às suas filiais. Assevera que, mesmo que houvesse incidência de ICMS na intermediação de garantia estendida, o lançamento não poderia tomar a totalidade da receita, já que essa receita pertence aos demais estabelecimentos. Diz que essa infração é improcedente.

Relativamente à infração 04, o autuado, inicialmente, salienta que não foi anexado ao processo demonstrativo desse item do lançamento e, assim, reitera os termos da preliminar já suscitada.

Afirma que os autuantes inseriram nesse item do lançamento valores referentes a aquisições de combustíveis para aeronave da empresa, de tablóides, de formulários contínuos de notas fiscais e de livros, bem como deixaram de computar valores pagos. Sustenta que é indevido o pagamento da diferença de alíquota nas aquisições de tablóides, cujo fornecimento foi efetuado por estabelecimento executor de serviços gráficos, fora do campo de incidência do ICMS, previsto no art. 6º, XIV, “d”, do RICMS-BA. Diz que, como o fornecedor dos tablóides destacou indevidamente ICMS sobre a operação, foi realizada consulta à DITRI (Processo nº 12224920044) tendo sido emitido parecer no sentido de que não era devido o pagamento da diferença abrangido nesse item do lançamento, o autuado apresentou demonstração fotocópia das correspondentes notas fiscais. Afirma que a infração não

Quanto à infração 05, o autuado, inicialmente, salienta que não foi anexado ao processo demonstrativo desse item do lançamento e, assim, reitera os termos da preliminar já suscitada.

Afirma que, diante da dificuldade encontrada para elaborar a impugnação, utilizou os seus controles internos e encontrou um volume considerável de notas fiscais de compras de mercadorias que tiveram o recebimento recusado, conforme foi consignado no verso do documento fiscal. Diz que, em relação a essas operações, a prova da não entrada das mercadorias em seu estabelecimento é a nota fiscal de entrada em retorno, emitidas pelos fornecedores.

Às fls. 2669 a 2672, o autuado relaciona diversas notas fiscais referentes a mercadorias que não entraram no seu estabelecimento, tendo em vista que retornaram aos fornecedores.

O autuado afirma que, como desconhece quais as notas fiscais que os autuantes consideraram como não registradas, está acostando ao processo um relatório denominado “Notas fiscais que constam no auto como omitidas, porém no livro de entrada” (*sic*). Diz que, nesse relatório, estão indicados fornecedor, data da emissão, número da nota fiscal, valor da nota fiscal, data da entrada, livro e página de registro. Também anexou cópia dos livros de Registro de Entrada.

Diz que a ausência de demonstrativo elaborado pelos autuantes inviabiliza a identificação dos fornecedores e das notas fiscais tidas como não registradas, o que afirma ensejar a nulidade da autuação. Assevera que, caso não seja decretada a nulidade desse item do lançamento, a exigência fiscal deverá ser julgada improcedente.

Quanto à infração 06, o autuado, inicialmente, salienta que não foi anexado ao processo demonstrativo desse item do lançamento e, assim, reitera os termos da preliminar já suscitada.

Repisa os argumentos expendidos na infração anterior e apresenta um demonstrativo (fls. 2673 e 2674) com notas fiscais que foram emitidas contra o autuado, mas que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento e retornaram aos remetentes. Diz que esse item do lançamento deve ser julgado improcedente.

Ao finaliza sua peça defensiva, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Os autuantes prestaram a informação fiscal (fls. 2723 a 2731 – Vol. XI) e, referindo-se à preliminar de nulidade, afirmam que o autuado acostou à defesa (fls. 1879, 1880, 1889 e 1995 - Vol. VIII) cópia de demonstrativos que embasaram a autuação, o que contradiz o argumento trazido na impugnação. Aduzem que o requerimento do autuado (fl. 1878 – Vol. VIII) foi respondido mediante o despacho de fl. 2684 (Vol. XI), no qual o supervisor da Inspeção de Fiscalização de Grandes Empresas do Setor Comércio e Substituição Tributária (IFEP Comércio) informa que todos os demonstrativos foram enviados ao autuado por meio de SEDEX com aviso de recebimento, em virtude da recusa do contribuinte em assinar o Auto de Infração. Dizem que o lançamento tributário obedeceu a todos os preceitos legais, identificando e descrevendo de forma clara as infrações cometidas, estando todos os documentos anexados por infração e numerados cronologicamente.

No mérito, quanto à infração 01, os autuantes afirmam que os extratos trazidos na defesa (fl. 1885 – Vol. VIII) comprovam que não houve pagamento do ICMS em questão. Citam como exemplos: no mês de junho de 2006, o ICMS recolhido pelo fornecedor das refeições foi R\$ 4.591,23 e, no entanto, naquele mês, o imposto correspondente às notas fiscais emitidas em nome do autuado chegou a R\$ 19.797,22; no mês de julho de 2006, o ICMS recolhido pelo fornecedor foi R\$ 3.750,50, ao passo que apenas o ICMS correspondente às notas fiscais emitidas em nome do autuado totalizava R\$ 19.833,71; na DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) referente ao mês de março de 2006 (fl. 2704) consta que não houve saída tributada; na DMA do mês de novembro de 2006 (fl. 2712) também consta que as saídas tributadas foram zero.

Explicam que o Parecer DITRI 1729/08 ratifica o entendimento de que está sujeito ao regime de diferimento, ao tempo que informa que pôr regime de apuração em função da receita bruta o cálculo do ICMS

percentual estabelecido para esse referido regime, conforme o disposto no art. 504 do RICMS-BA. Frisam que o fornecedor das refeições nunca optou pelo regime de apuração em função da recita bruta e, portanto, não cabe a aplicação desse regime. Aduzem que a utilização do regime do SIMBAHIA conflita com o art. 399-A, II, “k”, do RICMS-BA, com a redação vigente à época.

Quanto à infração 02, os autuante mantêm a exigência fiscal e afirmam que os estabelecimentos remetentes das mercadorias têm direito à restituição dos valores acaso indevidamente recolhidos.

No que tange à infração 03, explicam que os valores cobrados estão consignados no demonstrativo de fl. 25, sendo que eles correspondem ao somatório dos lançamentos contábeis realizados nas contas de rendas com serviços prestados, conforme o livro Razão (fls. 26 a 54).

Reconhecem que o autuado alterou o seu contrato social para incluir a prestação de serviço na intermediação na venda de seguro e garantia estendida (fl. 2040 – Vol. VIII), porém frisam que o contribuinte não atende ao disposto no artigo 8º da Resolução nº 122 do Conselho Nacional de Seguros Privados, que veda a realização de operação de garantia estendida por parte de sociedade seguradora não autorizada (fl. 2100 – Vol. VIII).

Transcrevem trecho de parecer da DITRI, datado de 01/08/06, no qual conclui que “a Insinuante, na qualidade de empresa comercial varejista, não está autorizada a comercializar contratos de garantia estendida, visto que apenas as sociedades seguradoras devidamente autorizadas a operar neste ramo de atividade podem comercializar tais contratos”.

Fazem alusão ao Processo nº 216601/2005-7, no qual a GECOT/DITRI se posicionou pela inclusão da despesa acessória com a garantia estendida na base de cálculo do ICMS.

Relativamente à infração 04, esclarecem que as notas fiscais com código fiscal de operações e prestações (CFOP) 2556 e 2557 – aquisições destinadas ao uso e consumo e ao imobilizado, respectivamente – foram lançados nos arquivos magnéticos sem identificação das mercadorias. Dizem que o autuado foi notificado desse fato (fl. 2690), porém só na defesa trouxe ao processo os documentos que comprovam que as aquisições não estão sujeitas ao pagamento do diferencial de alíquotas. Afirmam que, “restando provada a legalidade das operações relatadas, acatamos as ponderações da empresa relativas à infração nº 04”.

Quanto às infrações 05 e 06, os autuantes afirmam que o contribuinte comprovou a escrituração de parte das notas fiscais e, dessa forma, excluíram desses itens do lançamento os valores correspondentes, conforme os demonstrativos de fls. 2713 a 2719.

Ao finalizar a informação fiscal, os autuantes sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, no valor de R\$ 3.291.092,10, conforme demonstrativo de débito às fls. 2720/22.

O autuado foi notificado acerca do resultado da informação fiscal, bem como recebeu cópia dos novos demonstrativos (fl. 2732).

Ao se pronunciar nos autos (fls. 2735 a 2760 – Vol. XI), inicialmente, o autuado reitera os termos da preliminar de nulidade suscitada na defesa, pois considera que a cópia do Auto de Infração que lhe foi enviada não estava instruída com toda a documentação que a embasara, violando, assim, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Frisa que os documentos de fls. 2685 a 2703 não comprovam que o efetivo conteúdo do Auto de Infração lhe tenha sido enviado. Cita o disposto no artigo 41 do RPAF/99.

Após impugnar os levantamentos efetuados e os que venham a ser juntados ao processo, o autuado passa a repisar integralmente os argumentos trazidos na defesa, os quais já constam no presente relatório.

Em relação às infrações 05 e 06, o autuado acostou ao processo os seguintes documentos:

- Planilha de fl. 2761 – Nessa planilha são relacionadas trinta e quatro e sete notas de entradas, emitidas por seus fornecedores. O autuado mercadorias consignadas nessas notas de saídas e, com prova, apresenta

de entrada e de páginas do livro Registro de Entrada dos estabelecimentos remetentes, bem como declarações firmadas por seus fornecedores.

- Planilha de fl. 2788 – Nessa planilha estão relacionadas as Notas Fiscais nºs 683174 e 632149, emitidas pela Whirlpool S.A. Sustenta o autuado que essas notas fiscais estão escrituradas no seu livro Registro de Entradas, conforme a fotocópia de fls. 2789 e 2790.

- Planilha de fl. 2791 – Nessa planilha, estão relacionadas dezenove notas fiscais. Segundo o autuado, as mercadorias consignadas nessas notas fiscais não entraram em seu estabelecimento e retornaram aos fornecedores. Como prova dessa alegação, o autuado acostou ao processo fotocópia dessas notas fiscais, sendo que no verso delas consta a observação de que as mercadorias não foram recebidas por diversas razões, tais como: o produto era referente a versão antiga, não foi possível importar seriais, a nota fiscal emitida com divergência, havia problema com o pedido, mercadoria e desacordo com o pedido, produtos avariados, etc.

Ao finalizar, o autuado protesta pela realização de diligência a ser efetuada por preposto estranho ao feito e, em seguida, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Após a distribuição do processo ao então relator, foi acostado aos autos o parecer jurídico de fls. 2816 a 2819 (Vol. XI), da lavra do jurista Alcides Jorge Costa, acerca da inclusão do seguro de garantia estendida na base de cálculo do ICMS (infração 03). Nesse parecer, o ilustre jurista descreve os fatos, expõe a solicitação do autuado e invoca dispositivos da Lei Complementar 87/96 e do RICMS-BA. Diz que o preço do seguro integra a base de cálculo do ICMS quando o vendedor faz o seguro da mercadoria e de transporte por sua conta e cobra do adquirente. Entende que, se o cliente do autuado celebra um contrato com a Garantech, a quantia por ele paga a esta última nada tem com a venda da mercadoria e não integra o valor da operação e, portanto, não fica sujeita ao ICMS. Conclui seu parecer, sustentando a tese de que “o fisco baiano não tem respaldo legal para exigir que a Insinuante inclua na base de cálculo do ICMS os valores dos seguros vendidos a alguns clientes e recebidos destes por conta e ordem da Garantech.”

Em novo pronunciamento, o autuado, referindo-se à infração 03, reitera que a garantia estendida é contratada após a venda, sendo um negócio jurídico isolado e distinto da operação mercantil e, portanto, não deve ser incluído na base de cálculo do ICMS. Diz que os dois contratos são avençados por pessoas jurídicas independentes: o primeiro, de compra e venda, firmado entre o consumidor e a loja; e o segundo, de garantia estendida, celebrado entre o consumidor e a seguradora. Para corroborar seu entendimento, o autuado transcreve decisão proferida pelo TJMG, ao julgar matéria semelhante em processo movido pela empresa Ponto Frio.

Faz alusão ao posicionamento do STJ que, ao apreciar a questão da inclusão dos juros na base de cálculo do ICMS nas vendas a prazo, buscou identificar a existência de dois negócios jurídicos distintos, conforme as Súmulas 237 e 395, cujo teor transcreveu. Reitera que a garantia estendida é contratada após a venda, sendo um negócio jurídico isolado e distinto da operação mercantil e, portanto, o seu valor não deve ser incluído na base de cálculo do ICMS.

Às fls. 2823/2824 e 2830/2831 (Vol. XI), o autuado acosta requerimento no qual solicita o benefício da Lei nº 11.908/10 para efetuar o pagamento parcial do débito referente às infrações 05 e 06, nos valores de, respectivamente, R\$ 188.016,64 e R\$ 6.621,05.

O processo em diligência à INFRAZ de origem, fls. 2836 e 2837 – Vol. XI, para que fosse: entregue ao autuado cópia dos demonstrativos que instruem cada infração; verificada a veracidade da alegação de que os valores da garantia estendida estavam vinculados a todos os estabelecimentos da sociedade; e, reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

A diligência foi cumprida por um dos autuante, a auditora fiscal Simone M. V. Guimarães, conforme fls. 2840 e 2841 – Vol. XI.

Nessa diligência, foi informado que o autuado, visando comprovar que as garantias estendidas eram referentes a todas as lojas da empresa, apresentou relatório.

em arquivo magnéticos, bem como declarou (fls. 2845 a 2847) que não efetuava venda diretamente a consumidor.

A auditora informa que, após análise dos argumentos e provas do autuado, restou comprovado que o estabelecimento fiscalizado efetivamente efetua venda a consumidor com a emissão de notas fiscais com CFOP 5102 (venda de mercadoria), conforme comprovam as DMAs às fls. 2848 e 2851. Aduz que o relatório financeiro apresentado pelo autuado trouxe valores de diversos estabelecimentos, porém nele não consta nenhum lançamento de garantia estendida para a Loja 30 (estabelecimento autuado), conforme arquivo magnético à fl. 2851. Diz que os relatórios financeiros apresentados não podem modificar os fatos registrados na escrituração contábil do autuado (fls. 55 a 1545).

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado se pronuncia (fls. 2855 a 2859 –Vol. XI) e, inicialmente, salienta que é necessária a renovação da diligência, haja vista que foi realizada por um dos autuantes. Frisa que protestou pela realização de diligência a ser efetuada por auditor fiscal estranho ao feito. Diz que a realização da diligência por uma das autuantes não atende ao requerido, bem como viola o princípio constitucional da ampla defesa. Para embasar seu argumento, cita jurisprudência do STF e do STJ.

Friza que os eventuais demonstrativos e arquivos novos apresentados pela autuante ficam impugnados, haja vista que estão em desacordo com os relatórios que foram apresentados à fiscalização e em consonância com argumentos da impugnação e das petições posteriores.

Sustenta que o relatório gerado para comprovar os fatos alegados na defesa contém informações das vendas de garantia estendida realizadas por todas as lojas em separado, uma vez que na época ainda não estava pacificada a questão do local da prestação de serviço – registrava todas as suas vendas de garantia estendida no seu estabelecimento filial de CNPJ 16.182.834/0029-04 e IE 23.617.209. Aduz que, quando ficou consolidado o entendimento do local da prestação de serviço, passou a registrar as respectivas receitas em cada uma de suas filiais.

Destaca que a autuante não contestou que o estabelecimento autuado é um centro de distribuição e que não realiza intermediação de serviço algum. Diz que, como a auditora fiscal não impugnou esse fato, o mesmo torna-se incontrovertido e inviabiliza a tentativa de tributar a receita de todas filiais. Acostou às fls. 2860 a 2864, um levantamento das vendas de mercadorias e de seguros de garantia estendida realizadas no mês de junho de 2010.

Reitera o pedido de realização de nova diligência, transcreve o disposto no art. 145 do RPAF/99 e diz que a diligência se destina a verificar a veracidade dos relatórios financeiros apresentados e saber se o estabelecimento autuado realizar intermediação de garantia estendida.

Reafirma os argumentos da defesa e demais pronunciamentos e solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A autuante se pronunciou à fl. 2867, alegando que a informação de fl. 2841 confirma que o autuado efetua vendas para consumidor final, tendo sido inclusive anexado DMAs ao processo, com valores significativos de vendas. Diz que o pronunciamento do autuado não trouxe qualquer fato novo aos autos.

Às fls. 2869 a 2878 foram acostados ao processo extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referentes a pagamentos parciais efetuados pelo autuado.

Em 27/10/10, quando o presente processo já estava pautado para julgamento e estava encerrada a sua fase de instrução, o autuado protocolou a petição de fl. 2883, na qual solicita que seja acostado aos autos o parecer de fls. 2885 a 2903, da lavra do tributarista Hugo de Brito Machado, acerca da matéria tratada na infração 03.

Neste parecer, o ilustre tributarista analisa o âmbito constitucional de da COFINS, e a sua repercussão na determinação de sua base de cálculo, incidência e sobre a base de cálculo do ICMS, citando farta doutrina e

Federal e da Lei Complementar 87/96. Tece considerações acerca da base de cálculo do ICMS e da intermediação de contrato de seguro feita pelo autuado. Transcreve jurisprudência. Disserta sobre a intermediação de contrato de seguro e outros tributos – PIS, COFINS e o ISS. Prosseguindo, o ilustre parecerista passa a responder as questões formuladas pelo autuado, conforme segue:

1. “Qual a natureza jurídica do seguro garantia estendida opcionalmente adquirido pelo consumidor nos estabelecimentos da consulente, nos termos dos instrumentos contratuais referidos?”

Resposta: “Trata-se de autêntico contrato de seguro, firmado entre o comprador das mercadorias vendidas pela Consulente e a instituição financeira. A consulente atua como intermediadora ou corretora desse seguro”.

2. “Os valores recebidos no caixa da Consulente através de cupom não fiscal, por conta e ordem de terceiros (Cia Seguradora), a título de prêmio de seguro, deverão compor a base de cálculo do ICMS, do PIS e da COFINS?”

Resposta: “Não. Tais valores não correspondem à contraprestação pela venda de mercadoria, pelo que não se encaixam no conceito de valor da operação, para fins de determinação da base de cálculo do ICMS. Também não configuram receita da consulente, pelo que não compõem a base de cálculo do PIS e da COFINS”.

3. “O seguro garantia estendida e os valores recebidos pela consulente da Garantech a título de prestação de serviços de intermediação se subsumem na hipótese prevista no art. 13, §1º, II, “a”, da Lei Complementar 87/96 e no art. 54, I, “a”, do RICMS/BA, para integrar a base de cálculo do ICMS? As situações examinadas nesta consulta se enquadram na categoria de “seguros” ou “quaisquer outros acréscimos ou vantagens” previstos nas citadas normas como passíveis de integrarem a base de cálculo do ICMS?”

Resposta: “Não. O seguro a que aludem as disposições legais mencionadas na pergunta é aquele contratado pelo vendedor e cobrado do consumidor, que por isso mesmo se considera parte do valor da operação relativa à circulação da mercadoria. No presente caso, o seguro é negócio autônomo e independente da operação relativa à circulação de mercadoria e não tem a consulente como parte, segurada ou seguradora, mas como simples intermediária. Dá-se, como explicado, algo muito semelhante ao que ocorre em relação aos juros, os quais, em situações análogas, conquanto mencionados no art. 13, § 1º, II, “a”, da Lei Complementar 87/96, não integram a base de cálculo do ICMS a teor do disposto na Súmula 197 do STJ.”

4. “A receita que a Consulente recebe da Garantech a título de prestação de serviço pela intermediação na venda de seguros de garantia estendida, nos termos desta consulta, deve ser tributada pelo ISS ou pelo ICMS?”

Resposta: “É receita da Consulente não o valor total pago pelo contratante do seguro, a ser posteriormente repassado à instituição seguradora, mas a comissão por esta devida àquela pela intermediação. E essa comissão, além de configurar receita, representa a remuneração pela prestação de serviço previsto no item 10.01 da lista anexa à LC 116/2003, submetendo-se à incidência do ISS.”

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, argumento que não tinha recebido cópia dos demonstrativos que embasaram o lançamento.

O Auto de Infração está acompanhado dos demonstrativos que embasaram a autuação e, tendo em vista a preliminar arguida, o processo foi convertido em diligência à IFEP Comércio, para que, dentre outras solicitações, fosse entregue ao autuado cópia de cada um dos demonstrativos que integram o Auto de Infração e, em seguida, reaberto o prazo de defesa ~~em trinta dias~~

Com o cumprimento dessa diligência, conforme os documentos de que consta, o autuado recebeu cópia de todos os demonstrativos que fundamentaram o lançamento.

o prazo de defesa em sua totalidade. Dessa forma, foi garantido ao autuado o exercício do direito de defesa e do contraditório, ficando, assim, afastada a preliminar de nulidade suscitada na defesa.

O autuado mostra-se inconformado com o fato de ter sido a diligência realizada por um dos autuantes, pois tinha solicitado que fosse cumprida por preposto fiscal estranho ao feito. Alega que esse fato cerceou o seu direito de defesa. Pede que a diligência seja renovada conforme foi solicitado na defesa.

Para um melhor entendimento da questão, transcrevo a seguir, o disposto no art. 148 do RPAF/99:

Art. 148. As diligências e perícias fiscais ordenadas pela autoridade julgadora serão realizadas:

I - pelo autuante;

II - por Auditor Fiscal estranho ao feito; ou

III - por Auditor Fiscal designado pelo chefe da Coordenação de Assessoria Técnica do CONSEF.

[...]

Com base nesse dispositivo regulamentar, não vislumbro qualquer óbice à realização da diligência por um dos próprios autuantes. Ademais, não pode olvidar que a realização de diligência destina-se a fornecer ao julgador subsídios para o deslinde de pontos controversos, sendo que o julgador não fica obrigado a decidir a lide segundo esses subsídios. Dessa forma, ultrapasso essa arguição de nulidade e, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido para a renovação da diligência em tela, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Trata a infração 01 da falta de recolhimento de ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo por parte dos funcionários do autuado.

Saliento que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam a apuração do imposto cobrado na autuação. Também ressalto que, mediante diligência, o autuado recebeu cópia desses demonstrativos, tendo sido reaberto o prazo de defesa, tudo conforme já abordado no início deste voto.

Por força do disposto no art. 343, inc. XVIII, do RICMS-BA, o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições a estabelecimento de contribuinte, destinados ao consumo por parte de seus empregados, fica deferido para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento adquirente. Por seu turno, o art. 438 do mesmo Regulamento prevê que o contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a entrada das refeições efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, na condição de responsável solidário.

O autuado não contesta que as refeições relacionadas nas notas fiscais listadas na infração 01 foram destinadas ao consumo de seus funcionários, porém sustenta que o fornecedor das refeições já tinha efetuado o recolhimento do ICMS e, portanto, a manutenção desse item do lançamento acarretaria bis in idem.

Inicialmente, não se pode perder de vista que, por força do artigo 438 do RICMS-BA, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS em questão é do autuado. Todavia, com base nos princípios da ampla defesa, da vedação do enriquecimento sem causa e da busca da verdade material, passo a examinar os comprovantes de recolhimento de ICMS, do fornecedor das refeições, apresentados na defesa (fls. 1885 a 1888 – Vol. VIII).

De pronto, verifico que os pagamentos de ICMS efetuados no período de janeiro de 2005 a fevereiro de 2006 foram realizados na condição de empresa optante pelo regime do SIMBAHIA. Esse regime de apuração adotado pelo fornecedor das refeições contrariava o disposto no art. 399-A, II, “k”, do RICMS-BA, com a redação vigente à época, pois os fornecedores de refeições destinadas à alimentação de funcionários estavam impedidos de optar pelo regime do SIMBAHIA.

Considerando que o fornecedor das refeições recolheu o ICMS segundo há como se dizer que o imposto que está sendo cobrado tenha sido vista que o autuado era o responsável pelo lançamento e recolhimento

desconhecimento nem da legislação aplicável ao caso e nem da situação cadastral do seu fornecedor de refeições.

Quanto ao período de março a novembro de 2006, observo que as DMAs entregues pelo fornecedor das refeições (fls. 2704 a 2712) comprovam a inocorrência de operação de saída de mercadoria tributada. Dessa forma, fico convicto que o fornecedor das refeições, ao contrário do sustentado na defesa, não recolheu qualquer parcela do ICMS cobrado na infração 01. Robustecendo essa conclusão, saliento que os recolhimentos mensais efetuados pelo fornecedor das refeições geralmente eram inferiores aos cobrados no Auto de Infração, a exemplo de:

- no mês de jun/06 o recolhimento total do fornecedor das refeições foi R\$ 4.591,23 (fl. 1885), ao passo que o ICMS referente apenas às notas fiscais destinadas ao autuado foi R\$ 19.697,72 (fl. 20);
- no mês de set/06 o recolhimento total do fornecedor das refeições foi R\$ 1.564,68 (fl. 1885), ao passo que o ICMS referente apenas às notas fiscais destinadas ao autuado foi R\$ 22.286,55 (fl. 20);
- no mês de out/06 o recolhimento total do fornecedor das refeições foi R\$ 1.595,12 (fl. 1885), ao passo que o ICMS referente apenas às notas fiscais destinadas ao autuado foi R\$ 14.949,11 (fl. 20).

Não há como prosperar a alegação defensiva de que o imposto deveria ser apurado segundo os regimes da receita bruta e do SIMBAHIA, pois o fornecedor das refeições calculava o imposto devido de acordo com o regime de conta-corrente, conforme consta nas DMAs acostadas às fls. 2704 a 2712. Afasto, dessa forma, o argumento defensivo atinente ao regime de apuração e ao Parecer DITRI nº 13729/2008.

Quanto à Resolução nº 1990/00, citado pelo autuado, não vislumbro como lhe conceder o mesmo tratamento, uma vez que no presente processo não restou comprovado que o fornecedor das refeições tenha efetivamente pago o imposto que era de responsabilidade do autuado.

Em face do acima exposto, a infração 01 está caracterizada.

A infração 02 cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com o imposto pago por antecipação tributária.

Saliento que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam a apuração do imposto cobrado na autuação. Também ressalto que, mediante diligência, o autuado recebeu cópia desses demonstrativos, tendo sido reaberto o prazo de defesa, tudo conforme já abordado no início deste voto.

Nos termos do artigo 97, IV, “b”, do RICMS-BA, é vedada a utilização de crédito fiscal referente a entrada de mercadorias cujo imposto tenha sido pago por antecipação ou substituição tributária.

Em sua defesa, o autuado não contesta a acusação de que utilizou crédito fiscal referente a mercadorias (aparelhos de telefonia celular) com o imposto pago por substituição tributária, infringindo, assim, o disposto no art. 97, IV, “b”, do RICMS-BA. No entanto, o autuado afirma que se tratava de transferências recebidas de filiais localizadas no Estado da Bahia, que as filiais remetentes se debitaram do imposto e que não houve prejuízo para o Estado. Para comprovar seu argumento, acosta ao processo fotocópia de notas e de livros fiscais.

Mesmo considerando que os estabelecimentos filiais remetentes das mercadorias se debitaram do ICMS em questão, não há como se acolher a alegação defensiva de que não houve prejuízo para o Estado da Bahia, pois, o entendimento prevalecente neste CONSEF é no sentido de que o crédito fiscal do ICMS tem natureza meramente escritural e o seu lançamento na escrita fiscal do destinatário enseja a sua utilização indevida, independentemente da repercussão econômica que tenha ou não ocorrido. A título ilustrativo reproduzo a ementa do Acórdão CS Nº 0039-21/09, referente a decisão da Câmara Superior deste CONSEF, confirmando esse entendimento:

CÂMARA SUPERIOR
ACÓRDÃO CS Nº 0039-21/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Sendo a natureza do crédito fiscal meramente escritural, o seu lançamento na escrita já importa e enseja o início da sua utilização, mesmo que não haja um débito em contraposição, não havendo que se perquirir em ocorrência ou não de repercussão econômica, tese que não encontra abrigo na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores da presente autuação. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão não unânime.

Diante do exposto, a infração 02 subsistente integralmente.

Versa a infração 03 sobre recolhimento a menos de ICMS, em virtude da falta de inclusão de receitas decorrentes de garantia estendida na base de cálculo do imposto.

Saliento que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam a apuração do imposto cobrado na autuação. Também ressalto que, mediante diligência, o autuado recebeu cópia desses demonstrativos, tendo sido reaberto o prazo de defesa, tudo conforme já abordado no início deste voto.

A citação do artigo 56 do RICMS-BA como sendo o dispositivo infringido não é razão para a nulidade desse item do lançamento, pois a descrição dos fatos deixou evidente que se tratava do art. 54, I, “a”, fato que foi compreendido pelo autuado. Para um melhor entendimento da questão, transcrevo a seguir esse dispositivo regulamentar:

Art. 54. No tocante aos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações ou prestações, observar-se-á o seguinte:

I - incluem-se na base de cálculo do ICMS:

a) nas operações e prestações internas e interestaduais, todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação;

Quando uma empresa comercial varejista vende uma determinada mercadoria e também uma garantia estendida em relação a essa mesma mercadoria, o valor pago relativamente à garantia estendida representa, para consumidor final, uma típica despesa acessória incorrida naquela aquisição. O caráter acessório dessa despesa fica claro quando se observa que aquela garantia estendida só existe em função da correspondente venda, de forma que se aquela venda não se concretizasse também não haveria a venda daquele contrato de garantia estendida.

Alega o autuado que a garantia estendida é contratada após a venda da mercadoria, sendo um negócio jurídico isolado e distinto.

Não vejo como separar a venda da mercadoria à venda da garantia estendida, pois para toda a venda da garantia estendida há uma correspondente venda de mercadoria. Não são, portanto, negócios jurídicos distintos, mas, em verdade, são negócios jurídicos que se complementam. A jurisprudência citada pelo autuado não se aplica ao caso em comento, uma vez que trata de situações distintas do caso em tela.

Se os valores recebidos pelo autuado a título de garantia estendida representam despesas acessórias cobradas do adquirente das mercadorias, por expressa determinação do disposto no art. 54, I, “a”, do RICMS-BA, esses valores devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS.

O fato de o autuado receber comissão em virtude da venda da garantia estendida não possui o condão de modificar o caráter acessório dessa despesa cobrada do consumidor final.

O estabelecimento autuado (Loja 30) assevera que os valores constantes das contas referentes a vendas de garantia estendida feitas pelas suas filiais, os referida Loja. O processo foi convertido em diligência, tendo sido 10 vezes (fls. 2843 e 2844 – Vol. XI) a comprovar a veracidade dessa alega

Conforme fotocópias do livro Razão acostados às fls. 26 e seguintes, os valores apurados pelos autuantes foram coletados na escrita contábil do estabelecimento autuado. Se, contrariando o que está comprovado nos autos, os valores relacionados na autuação estivessem vinculados aos outros estabelecimentos, o autuado deveria ter comprovado essa sua tese com elementos probantes de sua escrita fiscal e/ou contábil, o que não foi feito.

Em atendimento às intimações recebidas, o contribuinte se limitou a reafirma o já alegado (fls. 2845 a 2847) e a apresentar um arquivo magnético com as vendas de seus estabelecimentos, no qual não há a indicação de qualquer valor referente a garantia estendida (fl. 2852). Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o autuado apresenta o demonstrativo de fls. 2860 a 2864, porém sem nenhuma comprovação dos valores ali consignados.

Os elementos probantes trazidos pelo autuado se mostram frágeis, sem consistência e incapazes de comprovar o que alegado na defesa e nos pronunciamentos posteriores. Ressalto que essa prova, caso existente, deveria estar na posse do autuado e era de fácil comprovação, pois, para cada venda de garantia estendida, é emitido um documento não fiscal (fl. 2093 – Vol. VIII), no qual está claramente identificado o estabelecimento que efetuou a venda.

O autuado frisa que o estabelecimento fiscalizado (a Loja 30) não efetua venda a consumidor final. Esse argumento defensivo não procede, pois, além de carecer de comprovação, contraria frontalmente as provas acostadas aos autos, conforme as DMAs acostadas às fls. 2848 a 2851.

No que tange ao parecer da lavra do jurista Alcides Jorge Costa, respeitosamente divirjo do entendimento ali externado, pois vejo uma clara correlação entre as vendas da mercadoria e da garantia estendida. O valor pago a título de garantia estendida caracteriza uma despesa acessória da corresponde aquisição efetuada pelo consumidor fiscal. Dessa forma, por força do disposto no art. 17, § 1º, II, “a”, da Lei Estadual nº 7.014/96, o valor pago a título de garantia estendida integra a base de cálculo do ICMS.

Respeitosamente, não comungo como o entendimento consignado no parecer exarado pelo ilustre tributarista Hugo de Brito Machado, uma vez que, no meu convencimento, a venda da garantia estendida é dependente da venda da mercadoria correspondente. Não vejo como se aplicar ao caso em tela a Súmula 197 do STJ, pois a matéria ali tratada – juros cobrados pelas empresas de cartão de crédito nas vendas a prazo – não guarda semelhança com a garantia estendida. Desse modo, acompanhando o entendimento defendido pela Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, considero que o valor pago a título de garantia estendida caracteriza uma despesa acessória da corresponde aquisição efetuada pelo consumidor final e, portanto, ao teor do disposto no art. 17, § 1º, II, “a”, da Lei Estadual nº 7.014/96, integra a base de cálculo do ICMS.

Em face do acima exposto, a infração 03 subsiste em sua totalidade.

Na infração 04, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento.

Saliento que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam a apuração do imposto cobrado. Também ressalto que, mediante diligência, o autuado recebeu cópia desses demonstrativos, tendo sido reaberto o prazo de defesa, tudo conforme já abordado no início deste voto.

Na defesa, o autuado sustenta que a exigência fiscal não procede, pois os valores cobrados são referentes a aquisições de combustíveis para aeronave da empresa em viagens a outros Estados, bem como a aquisição de tablóides e impressos personalizados. Também alega que no mês de novembro de 2005, os autuantes deixam de considerar um recolhimento de R\$ 9.628,20. Para comprovar seu argumento, o autuado acosta aos autos correspondente documentação comprobatória.

As aquisições de combustíveis para abastecimento de aeronaves em trânsito por outras unidades da Federação caracterizam operações internas e, conforme as notas fiscais acostadas ao processo, o ICMS foi destacado segundo a alíquota interna das diferentes unidades da Federação. Por seu turno, as aquisições de impressos padronizados, feitos sob encomenda, não estão sujeitas à incidência do ICMS, ao teor do art. 6º, XIV, “d”, do RICMS-BA. Quanto ao pagamento não considerado (mês de novembro de 2005), os autuantes também acolheram o argumento defensivo.

Em face do acima exposto, a infração 04 não subsiste e, portanto, os valores correspondentes devem ser excluídos da autuação. Corroborando esse posicionamento, ressalto que os próprios autuantes, na informação fiscal, reconhecem a procedência dos argumentos defensivos e concluíram que *“restando comprovada a legalidade das operações relatadas, acatamos as ponderações da empresa relativamente à infração nº 04”*.

Tratam as infrações 05 e 06 de entrada de mercadorias no estabelecimento autuado sem o devido registro na escrita fiscal; a primeira cuida de mercadorias tributáveis, e a segunda de mercadorias não tributáveis. Apreciarei essas duas infrações em conjunto, tendo em vista a semelhança das matérias e a forma como foram abordadas nos demonstrativos apresentados na defesa.

Inicialmente, saliento que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam a apuração do imposto cobrado. Também ressalto que, mediante diligência, o autuado recebeu cópia desses demonstrativos, tendo sido reaberto o prazo de defesa, tudo conforme já apreciado no início deste voto.

Na defesa, o autuado contestou parcialmente esses itens do lançamento, argumentando que diversas aquisições retornaram ao estabelecimento remetente e que outras foram registradas nos livros apropriados. Na informação fiscal, os autuantes acatam as provas e argumentos apresentados na defesa, excluem da autuação as operações comprovadas e elaboraram os demonstrativos de fls. 2713 a 2719, o que reduziu os débitos para R\$ 607.653,99 (infração 05) e R\$ 8.288,35 (infração 06).

Acolho as exclusões efetuadas pelos autuantes na informação fiscal, pois estão respaldadas em documentação probante acostada ao processo, bem como foram realizadas por auditores que conheceram os procedimentos adotados pelo autuado e que tiveram acesso a sua escrituração fiscal e contábil do contribuinte. Adotarei os valores apurados na informação fiscal (fls. 2713 a 2719) como ponto de partida para a determinação dos débitos finais das infrações 05 e 06.

Ao se pronunciar sobre a informação fiscal, o autuado acostou ao processo os demonstrativos de fls. 2761, 2789 e 2791 e a correspondente documentação. Essa documentação apresentada pelo autuado trata da hipótese de retorno de mercadorias que, por algum motivo, não tenha adentrado no estabelecimento do destinatário e, assim, retornaram ao estabelecimento vendedor acompanhadas da nota fiscal emitida pelo fornecedor. Essa matéria é tratada pelo RICMS-BA, no seu art. 654, porém sob o ponto de vista do estabelecimento remetente da mercadoria.

A seguir, passo a examinar essas notas fiscais apresentadas pelo autuado, as quais estão acostadas às fls. 2760 a 2810.

- a) A nota fiscal anexada à fl. 2767, emitida pela Eletrolux do Brasil S.A, está ilegível e, por esse motivo, não comprova a improcedência da autuação quanto ao valor nela consignado.
- b) Em relação às Notas Fiscais nos 72599, 72601, 72602, 35039, 220, 830, 831, 836, 837, 838, 2941, 39743, 40963, 40964, 53584, 57326, 59467, 59468, 59565, 9170 [109170], 9171 [109171], 9172 [109.172], 104550 e 70445, o autuado apresenta as declarações de fls. 2768, 2773, 2776 e 2786, nas quais consta que as mercadorias consignadas nessas notas fiscais não chegaram a ser entregues ao autuado. Essas declarações, por si só, não são provas capazes de elidir a autuação, pois não comprovam o efetivo retorno das mercadorias.
- c) Quanto às Notas Fiscais de Saídas nos 145328, 145398, 450416, 17831240, o autuado apresenta as correspondentes notas fiscais de e fornecedores. Essas notas fiscais de entradas, sem a comprovação

fiscais próprios e sem a nota fiscal de retorno com carimbos de postos fiscais não atestam o efetivo retorno das mercadorias.

d) No que tange às Notas Fiscais de Saída nos 117894, 121199, 287816, 2714, 2716, 217407, 2433, 2435, 152022 e 407585, observo que elas contêm no verso a informação de que as mercadorias não foram recebidas pelo destinatário. Apenas a observação no verso da nota fiscal não prova o retorno das mercadorias, pois essa observação, por não depender de nenhum controle fiscal, pode ser consignada por qualquer pessoa que tivesse a posse desse documento fiscal.

e) Relativamente à Nota Fiscal de Saída nº 390394, o autuado acostou ao processo fotocópia da Nota Fiscal de Entrada nº 392260 (fl. 2762), na qual consta que as mercadorias foram sinistradas, bem como fotocópia do livro Registro de Entradas do remetente das mercadorias com o lançamento da nota fiscal de entrada (fls. 2764 a 2766). Está comprovado o retorno das mercadorias. Deve ser excluído da autuação o débito correspondente a essa nota fiscal.

f) Em relação às Notas Fiscais de Saída nos 683174 e 632149, o autuado apresenta fotocópia de seu livro Registro de Entradas (fls. 2789 e 2790), no qual consta o registro dessas duas notas. Devem ser excluídos da autuação os débitos correspondentes a essas notas fiscais.

g) Quanto às Notas Fiscais de Saída nos 117862, 2288, 212229, 212232, 29076, 29077, 53089, 1141 e 6744, o autuado apresenta fotocópia das notas fiscais, com a declaração no verso de que as mercadorias retornaram aos estabelecimentos remetentes. A existência de carimbo de posto fiscal no verso dessas notas comprova o retorno das mercadorias. Devem ser excluídos da autuação os débitos referentes a essas notas fiscais.

Feitas as correções citadas nas alíneas “e”, “f” e “g” acima, os débitos apurados na informação fiscal para a infração 05 (fls. 2713 a 2717), quanto aos meses de jan/05, fev/05, abr/05, mai/05, jun/05 e fev/06, assumem os seguintes valores, mantendo-se inalterados as demais parcelas apuradas na informação fiscal às fls. 2713 a 2719:

Data Ocorr.	Débito Apurado na Informação Fiscal	Valor Excluído do Débito	Notas Fiscais Excluídas	Débito Retificado
Jan/05	R\$ 3.403,13	R\$ 1.899,73	6744	R\$ 1.503,40
Fev/05	R\$ 45.078,97	R\$ 654,12	2288	R\$ 44.424,85
Abr/05	R\$ 22.473,08	R\$ 616,55	1141, 29076 e 29077	R\$ 21.856,53
Mai/05	R\$ 21.199,07	R\$ 897,27	632149 e 117862	R\$ 20.301,80
Jun/05	R\$ 28.739,62	R\$ 215,70	683174	R\$ 28.523,92
Fev/06	R\$ 40.844,94	R\$ 4.553,85	390394	R\$ 36.291,09

Efetuadas as correções acima, a infração 05 subsiste parcialmente no valor total de R\$ 598.816,74.

Já em relação à infração 06, após as correções pertinentes às alíneas “e”, “f” e “g”, os débitos apurados na informação fiscal 06 (fls. 2718 e 2719), relativamente aos meses de fev/05 e abr/05, assumem a seguinte configuração, mantendo-se inalterados as demais parcelas apuradas na informação fiscal às fls. 2713 a 2719:

Data Ocorr.	Débito Apurado na Informação Fiscal	Valor Excluído do Débito	Notas Fiscais Excluídas	Débito Retificado
Fev/05	R\$ 21,10	R\$ 21,10	53089	---
Abr/05	R\$ 3.305,61	R\$ 3.281,26	212232 e 212229	R\$ 24,35

Realizadas as correções acima, a infração 06 subsiste parcialmente, no valor total de R\$ 4.985,99.

Voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$ 3.278.952,67, para julgar as infrações 01, 02 e 03 procedentes, a infração 04 improcedente e as infrações 05 e 06 parcialmente procedentes, nos valores de, respectivamente, R\$ 598.816,74 e R\$ 4.985,99, os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **088503.0001/08-0**, lavrado contra **LOJAS INSINUANTE LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.675.149,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor total de **R\$603.802,73**, previstas no art. 42, IX e XI, da mesma Lei, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2010

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR