

**A. I. N°** - 170623.0061/10-8  
**AUTUADO** - PRISMA COMERCIAL DE PRESENTES LTDA.  
**AUTUANTES** - SUELI SANTOS BARRETO e EDISON LEMOS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** 30.05.2012

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0151-05/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ÓTICOS. Em relação às mercadorias objeto desta autuação, não há Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente. No período fiscalizado estava enquadrada no regime de substituição tributária, fato que ocorreu até 01/03/2008. Os autuantes retificam o lançamento, o que diminuiu o valor originariamente exigido. Infração parcialmente elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Infração parcialmente comprovada. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2010, exige ICMS no valor de R\$101.471,91, e multa de 60% através das seguintes infrações:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. O Contribuinte comercializa produtos de óptica e no período fiscalizado, exercício de 2005 até fevereiro de 2008, estava sujeito à substituição tributária por antecipação. Através de conciliação efetuada entre os livros fiscais de entradas de mercadorias e as notas fiscais entregues pelo contribuinte e informações prestadas pelos fornecedores no Sistema SINTEGRA Nacional, constatamos as seguintes ocorrências que acarretaram a falta de recolhimento do ICMS, a saber: 1) Várias notas fiscais de entradas de produtos sujeitos à antecipação, recebidas a título de Oferta, Cortesia, Brindes e Bonificação; 2) Diversas Notas de aquisição de mercadorias recebidas pelo contribuinte sem o registro no LRE, durante o período fiscalizado. Em atendimento a nossa solicitação, através de circularização, os fornecedores enviaram todas as cópias das notas fiscais emitidas e enviadas em favor do contribuinte sob fiscalização. Os valores apurados constam nos anexos 1 e 1A. Valor Histórico: R\$70.025,98 – Multa de 60%;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidade da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Em atendimento a nossa solicitação, através de circularização, os fornecedores enviaram todas as cópias das notas fiscais emitidas e enviadas em favor do contribuinte sob fiscalização. Apuramos que diversas notas fiscais não haviam sido escrituradas no LRE e que algumas notas fiscais eram referentes às aquisições de Ativo Fixo da empresa, sem os devidos recolhimentos do diferencial de alíquotas. Valor Histórico: R\$31.445,93 – Multa de 60%;

O autuado em sua peça defensiva, fl. 417/433, através de seus advogados impugna parte do Auto de Infração e reconhece parcialmente as infrações, com a informação de que irá efetuar o recolhimento devido.

Suscita a preliminar de decadência, de parte do período autuado, e pede que seja excluído da exigência fiscal, quando cita os dispositivos dos arts. 156, V e 150, §§ 1º e 4º, ambos do CTN, que dispõe sobre a homologação do lançamento, 05 (cinco) anos, contados da ocorrência de cada fato gerador.

Ademais, entende que decorrido o prazo de 05 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, sem que o Fisco tenha se pronunciado a respeito de eventuais **diferenças** relacionadas ao lançamento por homologação, realizado pelo contribuinte, é tido por extinto eventual débito fiscal que posteriormente vier a ser lançado.

Reproduz os ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho (In Curso de Direito Tributário Brasileiro, 8ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, pp. 861/862) para concluir que é extinto grande parte dos débitos ocorridos nos respectivos fatos geradores, apurados em 01/2005 a 10/2005.

Transcreve o art. 129-A, parágrafo único, da Lei Estadual nº 3.956/81, posto que cabem aos contribuintes a realização do ato de constituição dos débitos de ICMS, atividade esta sujeita à posterior homologação pela autoridade administrativa.

Em relação a esses meses de janeiro a outubro de 2005, alega que cumpriu com as obrigações a que está obrigado, constituindo, dessa forma, os débitos de ICMS devidos nos mencionados períodos de apuração, bem como efetuou o pagamento dos respectivos valores, o que caracterizou a hipótese de pagamento antecipado, sujeito à ulterior homologação.

Quanto ao mérito, na infração 1, relata que a atividade comercial da empresa se encontra regular, prevista em seu contrato social, a *“comercialização de produtos óticos e de relógios”*, possui diversos fornecedores, a grande maioria localizados em outros Estados da Federação, e possui, por sua vez uma política de garantia dos produtos em caso de defeitos.

Reconhece que na compra de mercadorias de outras unidades da Federação, há incidência de ICMS antecipação parcial, caso da infração 1, conforme previsto no art. 352-A do RICMS/BA e que é feito o recolhimento antecipado do imposto de todas as operações de compra de mercadorias, no entanto, não se faz o devido recolhimento quando as remessas são a título de mera garantia do fornecedor.

O representante do autuado reconhece que o mesmo não observou a exigência prevista no art. 516 do RICMS/BA (emissão de NF com a discriminação da peça defeituosa; o valor atribuído à peça defeituosa; o número da Ordem de Serviço etc), no entanto, não concorda com a exigência de ICMS de tais operações, posto que não há incidência de ICMS, e exemplifica algumas notas fiscais relativas às garantias aos consumidores, tais como:

*“LUXOTICA DO BRASIL LTDA (CNPJ nº 67.686.436/0001-57)”*, as Notas Fiscais nºs 321105, 321106, 321107, 321108, 321108, 321109, 321110, 325172, 325173, etc. (doc. 02), comprovam a simples remessa de produtos de garantia (hastes de plástico, parafusos, lentes de vidro), pois todas foram lançadas com o CFOP de 6949 e que, segundo o fornecedor, descreveu a operação como oferta, o que faz confusão com a fiscalização.

Requer revisão fiscal para se apurar o imposto devido. Aduz que, em caso de falta, em relação ao recolhimento, decorreu do fato de não ter registrado as referidas notas fiscais no SINTEGRA com o código de entrada específico e com o CFOP indicado (**6.949**). Concorde, nesse sentido, com a aplicação de uma penalidade, conforme dispõe o RICMS, para o caso de descumprimento de obrigação acessória, de falta de registro de mercadoria sem tributação, através do art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, que prevê penalidade de multa de *“1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal”*.

Cita os doutrinadores Celso Antônio Bandeira de Mello em relação ao “Princípio da Proporcionalidade” através da substituição da multa de 60% para 1% e, José dos Santos Carvalho Filho quanto ao “Princípio da Razoabilidade” (Curso de Direito Administrativo, Editora

Malheiros, 20ª edição, página 68), onde destaca que a manutenção da cobrança do imposto e da multa de 60% se mostra totalmente desproporcional. Aduz que há inexistência de prejuízo sofrido pelo Estado, pois não houve falta de recolhimento do ICMS, tendo havido mero descumprimento de obrigação acessória.

Quanto ao roteiro da fiscalização, diz que as notas fiscais lançadas CFOP 6949, constituem parte significativa da autuação e que as outras acusações são as seguintes:

*Obs. 01: cópia de notas fiscais entregues pelos fornecedores após circularização, sem Registro no LRE e sem recolhimento do ICMS; Obs. 02: Notas Fiscais lançadas nos Livros de Entradas sem recolhimento do ICMS por antecipação ou com recolhimento a menor; Obs. 03: Dados obtidos no Sistema Sintegra Nacional, sem registro no LRE e sem recolhimento do ICMS – até a presente data os fornecedores não entregaram as cópias das NFs solicitadas.*

Registra que conferiu as notas fiscais, uma a uma, relacionadas pela fiscalização e destacou alguns pontos:

*“1) As Notas Fiscais nºs 363053, 366483 e 366484, todas com emissão em 04/10/2005, assim como as identificadas no item 17 retro e tantas outras constantes do anexo demonstrativo (Doc. 02), referem-se a produtos recebidos para atendimento de garantia; 2) As citadas Notas Fiscais 883058 e 883060, supostamente emitidas em 16/04/2005, não se encontram anexadas ao presente PAF, fato que obviamente impede a conferência; 3) As Notas Fiscais nºs 351374, 351377, 354560 354561 e 354562, se encontram com o ICMS pago, conforme comprovantes”.*

O representante, destacou que o autuado discorda de todos os lançamentos que tiveram como base as observações feitas acima (1, 2 e 3), pois na 3, os dados obtidos no Sistema SINTEGRA Nacional, sem registro no LRE e sem recolhimento do ICMS – **os fornecedores não entregaram as cópias das Notas Fiscais solicitadas.**

Acrescenta que o simples fato de haver registro de remessa de mercadorias para o contribuinte, não pode ser visto como fator determinante para a ocorrência do fato gerador, de forma que competia à Fiscalização reunir prova complementar que pudesse atestar sua ocorrência, quando sequer constam dos autos suas cópias.

Afirma que a acusação fiscal é insegura e limita o seu direito de defesa. O item (1) da autuação deve ser avaliado pelo CONSEF, para que não se cometam injustiças, pois discorda do recebimento de determinada mercadoria, inclusive do pedido de compra, fato que a ilustre fiscalização poderia investigar, junto aos supostos fornecedores, pedindo que os mesmos exibissem documentação comprobatória a respeito como, por exemplo, o pagamento da operação (no mínimo). Cita decisões do CONSEF referente às empresas “*MARCHON DO BRASIL LTDA (CNPJ nº 01.863.205/0001-63), OAKLEY BRASIL LTDA. (CNPJ nº 04692027/0004-96), SAFILO DO BRASIL LTDA (CNPJ nº 03.088.271/0001-39), L.A. PARADISE (CNPJ nº 045.18027/0001-21), BIZ DO BRAZIL ÓPTICA LTDA. (CNPJ nº 00.371078/0001-12)*”, dizendo que a simples emissão de notas fiscais em nome do acusado não comprova o recebimento da mercadoria.

Transcreve e reproduz ementa e parte de voto do relator Carlos Fernando Amaral, Resolução do CONSEF (2ª Câmara, Resolução nº 348//86) que julgou improcedente semelhante matéria.

Reproduz, ainda, julgado recente do CONSEF, onde houve diligência, (Acórdão JF nº 0288-02/05, 2ª JF). Cita, também, o princípio da verdade material e real para sustentar a afirmativa de que a simples emissão de notas fiscais, não quer dizer que o autuado deu entrada de tais mercadorias.

Quanto à infração 2, aponta a inconsistência do Auto de Infração, referente às notas fiscais (13) remetida pela empresa: “*FLORENSE (CNPJ nº 89.962.294/0001-46) para contribuinte diverso, de nome TELTRONIC BRASIL LTDA (CNPJ nº 03.316.088/0001-46)*”, posto que não cabe qualquer registro ou diferencial de alíquota, pois tal empresa não tem relação com o autuado. Sabe que é fácil emitir nota fiscal em nome da empresa, e depois cobrar ICMS em nome de outra.

Diz que foi incluída a Nota Fiscal nº 6459, emissão em 28/11/2009, remetente “NewArt do Brasil Ltda”, pois houve a compra de 200 unidades (**Massageador Esfera e Massageador para mãos**), para presentear médicos oftalmologistas no período de Natal, com a fixação da marca do

autuado. Assim, os produtos adquiridos não se destinaram a integrar o ativo fixo, muito menos serviram para comercialização.

Informa que em algumas operações os diferenciais de alíquotas foram pagos, conforme comprovantes que seguem em anexo, e que se relacionam com as Notas Fiscais nºs 887517, 887518 e 897721.

Destaca outro ponto que é a duplicidade das Notas Fiscais nºs 883059 e 883082, pois foram canceladas pelo fornecedor, conforme documento acostado, e que comprova a inexistência da operação. Também, alega, que os equipamentos adquiridos junto à empresa “MULTI OPTICA DISTRIBUIDORA LTDA (CNPJ nº 30260871000105)”, foram lançados em duplicidade, pois ambas as Notas Fiscais (887517 e 887519), emitidas em 12/09/2007, foram no exato valor de R\$69.822,28, quando deveria ter sido emitida uma única nota, tendo o imposto sido pago.

Chama a atenção do fato de o autuante ter cobrado o diferencial de alíquota, mas não ter abatido o crédito a que o contribuinte faz jus em razão das entradas. Acrescenta que se credita apenas de “um quarenta e oito avos” por mês, pelo período autuado (2006 e 2007), aproveitamentos possíveis.

Finaliza, requerendo a revisão fiscal, a fim de examinar as planilhas elaboradas pelo autuado e pede a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em sua informação fiscal de fls. 729/730, descrevem as infrações (2) e alegam que o impugnante juntou ao processo, cópias de notas fiscais e alguns DAEs, de forma desordenada, sem vinculação com os demonstrativos e infrações, sendo difícil verificar tais documentos.

Observam também a necessidade de buscar as circularizações, junto aos fornecedores, com o objetivo de comprovar as operações mercantis, através de cópias das notas fiscais de venda, livros de Registros Fiscais de Saída, pedidos de compra, comprovantes de entregas de mercadorias, comprovantes de recebimentos dos valores de mercadorias vendidas ao autuado, entre outras documentações.

Diz que fizeram contatos com os fornecedores da empresa autuada e encaminharam ofício à SEFAZ/SP (Ofício SAT/DAT-METRO/INFAZ VAREJO Nº 07/2010). Foi solicitado o credenciamento do auditor autuante deste PAF (Edison Lemos), para proceder à diligência nos principais fornecedores do autuado, no mês de janeiro/2011. Tal pedido, que segue em anexo (fl. 731), se encontra em fase de aprovação junto ao órgão competente daquela SEFAZ/SP.

Informam que a fiscalização se estendeu a toda rede de lojas do contribuinte, o que resultou na lavratura de mais dois autos de infração (170623.0063/10-0 e 170623.0062/10-4), nas mesmas condições e com defesas similares demandando, portanto, o mesmo tratamento e as mesmas dificuldades na obtenção da documentação pertinente.

Solicitam a realização de diligência fiscal, necessária para o levantamento dos documentos junto aos fornecedores que foram acostados, uma vez que os mesmos se dispõem a remeter toda a documentação solicitada, mas requerem um prazo mais dilatado para efetuarem o necessário levantamento.

Nas fls. 734/735, a relatora converteu o PAF em diligência, e encaminhou o processo à INFAZ de origem, no sentido de que fossem adotadas as providências:

“AUTUANTE:

*Obter diretamente no emitente das notas fiscais, outros elementos que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado, tais como:*

*1 – cópias dos pedidos das mercadorias caso existentes;*

*2 – cópias dos canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias;*

3 – comprovantes de recebimento por parte do fornecedor dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc);

4 – cópias de conhecimentos de transportes;

5 – quaisquer outros elementos que demonstrem a compra das mercadorias;

6 – quanto à infração 2, verificar se procedem as alegações da defesa, intimando o contribuinte a apresentar os documentos, de forma ordenada para que seja possível o confronto com as ocorrências autuadas;

7 – após o recebimento da documentação, pode-se a elaboração de novos demonstrativos, inclusive o de débito, caso haja modificações no levantamento original, das infrações 1 e 2. Ressalto que no demonstrativo da infração devem ser excluídas as notas fiscais em que não forem demonstrados o efetivo recebimento por parte do autuado.

**INSPETORIA:**

*Após o cumprimento pelo autuante dos itens anteriores:*

a) Fazer a entrega ao autuado, mediante recibo, a ser juntado aos autos por força da presente diligência e de cópia deste pedido, reabrindo o prazo de defesa por 30 (trinta) dias para que o autuado possa se manifestar, se quiser;

b) caso o autuado se manifeste, encaminhar o processo para o autuante produzir nova informação fiscal. Concluída a informação, retornar o PAF a este CONSEF para conclusão da instrução para julgamento.”

Nas fls. 738/760, os autuantes iniciaram a diligência, informaram quanto à preliminar de decadência, que não tem cabimento a alegação de exclusão dos valores, referentes aos fatos geradores que ocorreram no período de apuração de 31 de janeiro de 2005 até 20/10/2005, pois o direito de o Estado constituir o crédito tem amparo no Código Tributário do Estado da Bahia.

Na infração 1, as alegações são totalmente desprovidas de documentação comprobatória, no qual o contribuinte tenta se livrar do pagamento do imposto, apurado corretamente pela fiscalização, em especial, referente à falta de recolhimento da antecipação tributária, decorrente da entrada de mercadorias recebidas a título de, “oferta” e “doação”.

Salientam que, de acordo com as alegações, todas as notas fiscais, que compõem a infração 1 (num total de 92 notas fiscais), com as descrições da natureza de operação listadas acima, são na verdade “remessas de produto em garantia”, e segundo o autuado a confusão aconteceu por uma simples falta de atenção do mesmo e do fornecedor, ao descumprirem as disposições regulamentares que tratam dos procedimentos a serem adotados em caso de remessa, devolução e substituição de produtos em garantia. No entanto, o sujeito passivo não anexou nenhum documento que comprove as suas alegações.

Reconhecem que até seria possível o cometimento de algum equívoco, quanto aos procedimentos legais para os casos de “troca e remessa de produtos em garantia”, em um ou outro caso, mas o que foi constatado, é que é uma situação totalmente diferente, pois o mesmo erro ocorreu 92 vezes e, coincidentemente, com o mesmo fornecedor, a empresa LUXOTTICA DO BRASIL LTDA, sendo que, em todas essas operações, uma seqüência de equívocos foram cometidos, ao mesmo tempo, pelas duas partes envolvidas. Tal situação é, no mínimo, muito difícil de acontecer, para não dizer impossível.

Afirmam que não existe nos autos, nenhuma evidência que ampare as alegações trazidas, sendo certo que as mesmas não podem e não devem prosperar, sob o risco de estar-se criando um precedente que coloca em risco os mecanismos de controle do fisco, acerca de tais operações mercantis.

Transcrevem o art. 516 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados nos casos de substituição de peças, em virtude de garantia.

Assim, devido à total ausência de elementos probatórios, referente às alegações lançadas pelo autuado, ficam mantidas, na infração 1, todas as notas fiscais recebidas pelo contribuinte, contendo produtos comercializados pelo mesmo, com as seguintes descrições: “oferta” e

“doação”, sem a comprovação do recolhimento da substituição tributária por antecipação. Todas essas notas fiscais podem ser encontradas no “Anexo 2 Diligência”, com a seguinte observação: *“Imposto Devido – Alegação não comprovada com documentos comprobatórios”*.

Pontuam que as Notas Fiscais n<sup>os</sup> 120126, de 11/05/05; 351367, 351368, 351374, 351377, de 28/08/06; 354560, 354561, 354562, 354563, 354566, 354568, de 23/09/06; 100392, de 13/12/07; 368394, de 18/12/06; 372671, de 16/01/07; 32460, de 31/07/07 e 425184, de 13/02/08, foram excluídas do demonstrativo de cálculo, em função da comprovação do recolhimento do imposto, vide fls. 615/618, 620/623, 638/640, 652/654 e DOC VIII, tudo detalhado. As Notas Fiscais n<sup>os</sup> 38177, de 30/03/05; 100045, de 22/03/07 e 9652, de 17/12/07, foram excluídas do demonstrativo de cálculo, pois, até a presente data, os fornecedores não atenderam às solicitações para comprovação da operação mercantil. Também foram excluídas do demonstrativo de cálculo, as Notas Fiscais n<sup>os</sup> 143195, de 30/11/96; 143196, de 30/11/06; 152375, 152376, 152384, de 11/06/07 e 14402, de 20/09/07, por se tratar de “material promocional propaganda”, 419312, de 19/06/06; 116071, de 13/02/07; 481642, de 28/03/07 e 517545, de 07/09/07, por se tratar de “remessa para troca” e as 437703, de 12/09/06 e 84760, de 28/11/06, por se tratar de “Retorno Conserto”, conforme consta no “Anexo 02 Diligência”.

Na Nota Fiscal n<sup>os</sup> 75681, de 04/04/07 foi excluída do demonstrativo de cálculo, por se tratar de “assistência técnica”, constante no DOC VI. Também a de n<sup>os</sup> 104554, de 11/01/07; 73515, de 07/05/07 e 79702, de 29/06/06, constante no DOC II, as 115772, de 17/01/05; 121061, de 24/05/05; 125465, de 08/08/05; 125890, de 19/08/05 e 126231, de 26/08/05, constante no DOC III e a 23914, de 21/09/06, constante no DOC IV, todas foram excluídas do demonstrativo de cálculo, pois foram “baixadas por devolução” de acordo com a Declaração do Fornecedor, relação analítica que consta no “Anexo 02 Diligência”.

Em relação às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 32814, de 27/07/06 e 139536, de 04/09/06, estas ficam mantidas no demonstrativo de Débito, pois se referem a “bonificação” e não foram contestadas pelo autuado.

As Notas Fiscais n<sup>os</sup> 139439, de 31/08/06, “Doação”, vide fl. 183; 406079, de 24/04/06, “Oferta”, vide fl. 161 e 502662, de 06/07/07, “Oferta”, vide fl. 185, ficam mantidas no demonstrativo de débito, pois tais cópias se encontram nos autos.

Em relação às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 7710, de 11/05/05 e 9989, de 27/04/06, emitidas pela empresa BIZ DO BRASIL ÓPTICA LTDA., foi informado pelo fornecedor, através de declaração DOC I, que as mesmas foram emitidas para empresa PRISMA COML. DE PRESENTES LTDA., e que o pagamento foi efetuado pelo cliente. Transcrevem a declaração.

Com relação às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 877195, 877196, 877198, 14083, 879051, 883058, 883060, 889434, 890169, 904778, 915562, 21744, 920758, 922637, 924553, 935489, 14216, 48170, 50398, 62207, 62789, 62790, 62791, 70304 e 70312, emitidas pela empresa LUXÓTTICA DO BRASIL, foi informado pelo fornecedor, através de declaração DOC II, que as mesmas se referem a vendas de produtos ao cliente PRISMA COML. DE PRESENTES LTDA., e que o pagamento foi efetuado pelo cliente. Reproduzem novamente a declaração.

Salientam que ao receberem a declaração da empresa, enviaram e-mail ao supervisor fiscal da LUXÓTTICA, com alguns questionamentos, com as devidas respostas encaminhadas, também através de e-mail, datado de 30/08/2011, vide DOC I.

Destacam que os contatos e pedidos foram feitos diretamente pelo proprietário da empresa PRISMA, o Sr. Paulo Figueiredo e como consta na declaração os pagamentos foram liquidados pelo cliente.

Salientam que a empresa LUXÓTTICA é um dos maiores distribuidores de óculos do país, tendo em seu portfólio mais de 27 marcas importadas, motivo pelo qual é obrigada a manter controle rigoroso sobre suas vendas, entregas e recebimentos.

Nas Notas Fiscais n<sup>os</sup> 119571 e 134828, emitidas pela empresa MARCHON BRASIL LTDA., as mesmas se referem às vendas, efetivamente efetuadas à empresa PRISMA COML. DE PRESENTES

LTDA., com pedidos do cliente, entregues no endereço da empresa e com os devidos pagamentos, sendo que o mesmo aconteceu com as Notas Fiscais nºs 10815 e 23107, emitidas pela empresa MARCOLIN DO BRASIL LTDA., informação do fornecedor, através de declaração DOC IV.

As Notas Fiscais nºs 237241, 237242, 237243, 237245, 237253, 239682, 239684, 243617, 258322, 258323, 258324, 258326, 258327, 258328, 258329, 258330, 258331, 268692, 329200, 329203, 331524, 342461, 326557, 326558, 326559, 326560, 326561, 326562, 326563, 326565, 326566, 326567, 326568, 326569, 328399, 329198, 329204, 356702, 360281, 360282, 360285, 360288, 363339 e 363340, emitidas pela empresa SÁFILO DO BRASIL LTDA., informam que receberam espelhos com conteúdo das mesmas, extraídos do sistema fiscal da empresa, cópias de diversos ARs.- Avisos de Recebimentos dos Correios. Também foi informado pelo fornecedor, através de declaração DOC V, que as mesmas se referem às vendas efetivamente efetuadas à empresa autuada, com pedidos do cliente, entregues no endereço da empresa. No entanto enviaram e-mail à empresa Sáfilo, com alguns questionamentos, com as devidas respostas encaminhadas, também através de e-mail, datado de 31/08/2011, vide DOC V.

Destacam que nas informações prestadas pelo fornecedor, existem controles que impedem a emissão de notas fiscais destinadas a um cliente, com entrega em local diverso do constante na nota fiscal. também ficou claro que os contatos e pedidos foram feitos diretamente pelo proprietário ou funcionários da empresa PRISMA, e as cópias dos ARs. entregues pelo fornecedor, se constituem em provas irrefutáveis do recebimento das mercadorias por parte da empresa autuada, não resta, nesse sentido, nenhuma dúvida quanto à responsabilidade do contribuinte pelo pagamento do imposto.

Na Nota Fiscal nº 58202, emitida pela empresa WILVALE COM. E REPRESENTAÇÕES LTDA., afirma que receberam cópia da nota fiscal, AR – Aviso de Recebimento do Correio e extratos da conta-corrente comprovando os pagamentos das 6 parcelas referente a nota fiscal em questão, que constam no DOC VI em anexo.

Reiteram que os documentos apresentados pelo fornecedor demonstram, sem margem para questionamentos, a responsabilidade do autuado quanto ao pagamento do imposto devido, assim, fica comprovada e atestada a veracidade das operações mercantis, constantes em todas as notas fiscais elencadas nos autos sendo, portanto, mantidas no demonstrativo de cálculo da infração 1, com valores apurados após a diligência conforme abaixo:

<b>Quadro Resumo – Infração 01</b>		
<b>Ano</b>	<b>Mês</b>	<b>Valor a Recolher</b>
2005	Janeiro	R\$ 34,56
2005	Fevereiro	R\$ 122,91
2005	Março	R\$ 5.748,75
2005	Abril	R\$ 5.656,08
2005	Maio	R\$ 3.084,51
2005	Junho	R\$ 5.349,25
2005	Julho	R\$ 4.529,71
2005	Agosto	R\$ 4.132,44
2005	Setembro	R\$ 50,67
2005	Outubro	R\$ 6.448,59
2005	Novembro	R\$ 86,62
2005	Dezembro	R\$ 81,90
2006	Janeiro	R\$ 51,94
2006	Março	R\$ 5.287,89
2006	Abril	R\$ 5.160,44
2006	Maio	R\$ 3.522,92
2006	Junho	R\$ 39,37
2006	Julho	R\$ 289,11
2006	Agosto	R\$ 1.581,63
2006	Setembro	R\$ 2.486,86
2006	Outubro	R\$ 10.167,44
2006	Novembro	R\$ 2.536,17
2006	Dezembro	R\$ 17,35
2007	Janeiro	R\$ 52,56

2007	Fevereiro	R\$ 70,90
2007	Março	R\$ 25,03
2007	Maio	R\$ 142,40
2007	Junho	R\$ 118,91
2007	Julho	R\$ 17,80
2007	Agosto	R\$ 44,99
2007	Outubro	R\$ 14,47
2007	Dezembro	R\$ 86,84
2008	Janeiro	R\$ 31,06
	total	R\$ 67.072,07

Quanto à infração 02, reconhecem a cobrança indevida de diferença de alíquotas, referentes às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 919075, 921836, 921837, 921840, 921841, 921843, 921844, 921847, 921848, 921850, 921852, 921853, 923343, 924714, 928216, 935270 e 2221, pois tinham como destinatário outro contribuinte em nosso Estado, mas, por um equívoco, na separação dos documentos foram incluídos no demonstrativo de débito da empresa PRISMA, quando na verdade se referiam a outra fiscalização, conforme consta detalhado no “Anexo 04 Diligência”. Nesse sentido, efetuam a exclusão dessas notas fiscais do demonstrativo de cálculo “Anexo 03 Diligência”.

Já no que se refere à Nota Fiscal n<sup>o</sup> 6459, de 28/11/06, emitida pela empresa NEWART DO BRASIL LTDA, sediada no estado de Santa Catarina, não procede a alegação de que foi indevida a cobrança da diferença de alíquota, posto que não se destinavam ao Ativo Fixo, mas sim, para distribuição de brindes, pois não consta na legislação vigente nenhuma referência à isenção ou não-incidência do imposto referente à diferença de alíquotas para o caso de aquisição de produtos para distribuição de brindes.

Arguiram que não ficou caracterizado que as mercadorias constantes na nota fiscal se destinavam à distribuição de brindes, pois não encontraram nos registros fiscais de saída, nenhum lançamento referente à nota fiscal que deveria ser emitida nos termos do art. 565 do RICMS/BA. Citam e transcrevem a norma.

Salientam que o autuado não questiona ou nega a veracidade da operação mercantil e também não apresenta provas de que os produtos tenham sido destinados à distribuição gratuita de brindes, portanto, não há que se questionar a veracidade do débito fiscal, não cabendo nenhum reparo quanto à cobrança do imposto.

Nas Notas Fiscais n<sup>os</sup> 887517, 887518 e 897721, foram excluídas do demonstrativo de cálculo em função da comprovação do recolhimento do imposto, vide fls. 678/680, 682/683 e 684/685, e as 883059 e 883082, de 28/08/07, foram excluídas do demonstrativo de cálculo em função de terem sido devolvidas, vide fls. 705/713 e declaração do fornecedor DOC VII, tudo detalhado no “Anexo 04 Diligência”.

Registram que não procede a alegação de as Notas Fiscais n<sup>os</sup> 887517 e 887519, de 12/09/07, ambas no valor de R\$ 69.822,28, foram emitidas em duplicidade. Basta uma simples verificação nas cópias dos documentos fiscais, acostados aos autos, às fls. 287 e 288, para constatar que se trata de aquisição de produtos com descrição e características totalmente diferentes, em cada nota fiscal, sendo que a única coincidência é o valor total da nota fiscal. A primeira nota fiscal, se refere à aquisição dos seguintes produtos: Bomba 220V/80Hz EUA; Caneta de leitura óptica; código de barra de 00 até 200; Eletro válvula 220v com corpo de metal; Estabilizador bivolt 3kva; gabarito para ajuste raynilkappa; Leitor Kappa L10; Lensometro digital LM 5000; Lente de ajuste EAS; Paquímetro mitutoyo e Swuing II, tendo como valor total dos produtos R\$ 67.672, 28 + IPI R\$ 2.150,21, perfazendo um total R\$ 69.822,49.

Quanto à segunda, (887519) se refere à aquisição dos produtos: Caneta Óptica e Facetadora Kappa M10, tendo como valor total dos produtos de R\$ 69.822,49, sem a incidência de IPI.

Sustentam que enviaram solicitação ao fornecedor desses equipamentos, empresa MULTI-ÓPTICA DISTRIBUIDORA LTDA (ESSILOR), a respeito do status dessas notas fiscais e receberam



uma declaração, vide DOC VII, constatando que as mesmas foram liquidadas (887517 - 12/09/2007 - 69.822,49; 889519 - 12/09/2007 - 69.822,49 *Notas agrupadas no boleto 40478 e liquidadas em 36 parcelas*).

Assim, não resta dúvida que as notas fiscais se referem a transações comerciais distintas e que ambas foram quitadas junto ao fornecedor. Nesse sentido, considerando que o imposto relativo à Nota Fiscal nº 887517 teve o seu recolhimento comprovado, resta pendente de recolhimento o ICMS referente à Nota Fiscal nº 889519, motivo pelo qual a cobrança do débito fica mantida no demonstrativo de cálculo “Anexo 03 Diligência”.

Como se trata de operação complexa e repleta de detalhes importantes, o regulamento do ICMS determina no § 12 que os créditos referentes aos bens do ativo imobilizado, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas devem ser lançados no controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP).

Assim, claro e evidente que o débito e pagamento do imposto ocorrem integral e imediatamente após a aquisição interestadual de bens do ativo imobilizado, enquanto que o crédito fiscal correspondente será apropriado em 48 parcelas, depois de observada uma série de condicionantes limitativas ao seu uso.

Por fim, após prestados os esclarecimentos e tendo atendido a todas as solicitações constantes na diligência, apresentam os novos valores apurados para a infração 2, sendo que o cálculo dos valores do débito pode ser evidenciado no demonstrativo de cálculo “Anexo 03 Diligência”:

<i>Quadro Resumo – Infração 02</i>			
<i>Ano</i>	<i>Mês</i>	<i>B Cálculo</i>	<i>Difal 10%</i>
2006	Março	R\$ 1.253,79	<b>R\$ 125,38</b>
2006	Abril	R\$ 12.862,30	<b>R\$ 1.286,23</b>
2006	Novembro	R\$ 1.200,00	<b>R\$ 120,00</b>
2007	Setembro	R\$ 69.822,49	<b>R\$ 6.982,25</b>

Concluem pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Os prepostos do autuado se manifestam, fls. 1007/1017, inicialmente, reproduzem a ementa do acórdão proferido pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça - STJ, nos Embargos de Divergência (nº 101.407-SP (98.88733-4), em que foi Relator o Ministro Ari Pagendler e julgado (REsp nº 180879-SP), da ilustre **Ministra ELIANA CALMON**, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que não se pode admitir que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação o prazo decadencial seja superior a 05 anos, a contar do fato gerador e espera que ocorra a exclusão dos lançamentos ocorridos no período mencionado seja agora confirmado.

Pugnam que a autuação deve ser aplicada através do art. 116-A, do RPAF, que prevê: “...*Fica a Procuradoria Geral do Estado autorizada a não permitir a inscrição em Dívida Ativa, a não ajuizar a respectiva execução fiscal... na hipótese de matérias que tenham sido objeto de reiteradas decisões contrárias à Fazenda Pública Estadual, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça*”, assim, se percebe que já é pacífica no sentido de que o pagamento parcial do débito faz incidir a norma do §4º, do art. 150, do CTN, enquanto que somente a ausência total de pagamento faz com que incida a norma do inciso I, do art. 173, do CTN.

Passam a contra-argumentar em relação à informação fiscal, primeiramente na infração 1, onde observaram que os fiscais revisaram os trabalhos, resultou na exclusão de diversos lançamentos impugnados.

Dizem que não foram observados os procedimentos previstos pelo art. 516 do RICMS/BA, pleiteado pelo autuado, que fosse apenas aplicada a multa prevista no art. 41, XI, da Lei nº 7.014/96, que importa no pagamento de 1% sobre o valor da mercadoria, pois não se tratavam os produtos recebidos destinados à comercialização, mas à reposição/conserto de peças defeituosas, fato bastante comum de ocorrer na atividade da empresa.

Salientam que ganham revelo os valores relacionados às Notas Fiscais do Fornecedor LUXOTTICA do Brasil, porque os autuantes não concordaram que as notas fiscais de componentes como hastes, parafusos, lentes de reposição, etc, enviados para atender a pedidos de consertos para peças em garantia de clientes tenham sido emitidas para acompanhamento dessas peças como simples "oferta", desprezando o simples fato de que o autuado não comercializa tais produtos diretamente, podendo se confirmar através de diligência presencial, a fim de afastar definitivamente qualquer dúvida a este respeito.

Afirmam que o autuado não tem ingerência na forma de cadastramento da nota fiscal pelo fornecedor no momento das remessa das mercadorias, sendo que a verdade dos fatos é que esses componentes não foram vendidos, não auferiram qualquer tipo de receita e foram aplicados em peças de propriedade de seus clientes, com isso, seria ingênuo pensar que um fornecedor admitisse oficialmente algum erro de logística, cobrança, etc., com conseqüências danosas para seu cliente, produzindo provas contra si. As respostas aos questionários são defensivas e em nada colaboram quando confrontados com a realidade das operações vista pela sua própria atividade.

Solicitam que seja apresentada nova diligência, a fim de obter uma nova declaração por parte da LUXÓTTICA, para que ela ateste que as mercadorias enviadas como "ofertas" de fato se referiram aos produtos para "conserto", "garantia". Afinal, tal Declaração serve para atestar que as notas fiscais foram realmente enviadas para a empresa PRISMA, o que também deverá valer uma outra Declaração atestando a finalidade das notas fiscais, que era apenas de dar trânsito aos produtos em fase de garantia/conserto.

Registram que os fiscais não anexaram aos autos, um grande número de notas fiscais, supostamente emitidas pela LUXÓTTICA, impedindo que a defesa que substituiu, precariamente, essa exigência, por uma declaração de representantes dessa empresa, e de outras, de que essas notas existiriam, etc, alegando que não foram disponibilizadas por motivos diversos. No entanto, se a LUXÓTTICA, ou outro fornecedor, lançou no SINTEGRA estas notas, é obvio que as mesmas constam no sistema, pelo que uma simples declaração não pode substituir os documentos que o "comprador" afirma desconhecer. Reproduziram Declaração das empresas fornecedoras que atestam a posição de não disponibilizar cópia das notas fiscais impugnadas pelo autuado.

Sustentam que a nota fiscal emitida pela LUXÓTTICA envolve produtos para decoração de uma sala de atendimento, na loja do autuado, com emissão para justificar a origem do pagamento realizado. Ressaltam que nada pagou sobre os produtos, que serviram apenas como mostruário, de forma a potencializar as vendas das mercadorias comercializadas pelo referido fornecedor. Requer a realização de nova diligência, para atestar a finalidade das notas fiscais, dar trânsito aos produtos em fase de garantia/conserto.

Ratificam que houve a compra de 200 unidades de "Massageador Esfera" e "Massageador para mãos", para presentear os médicos oftalmologistas no período de natal e como forma de fixação da marca do autuado, como já exposto anteriormente. Pede pela renovação da diligência para esclarecer os pontos aqui suscitados.

Na conclusão da diligência, fls. 1020/1023, os autuante mantiveram os mesmos entendimentos, quanto à decadência, posto que a constituição do crédito tem amparo no Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, sendo que toda a ação fiscal foi desenvolvida com a legislação vigente e em cumprimento a Ordem de Serviço, sendo assim, nenhum cabimento tem a alegação do contribuinte.

Alertam que os argumentos do autuado são subjetivos/interpretativos, não condizem com as exigências legais, considerando que o resultado apurado através da auditoria fiscal foi criterioso, norteadas pelas exigências regulamentares e que a defesa não acrescentou documentos comprobatórios que mudasse a análise. No momento da diligência foi destacado cada argumento da defesa, detalhadamente, o que torna desnecessário a repetição.

Chamam a atenção para a busca da fidelidade da informação, que ultrapassou o simples manuseio dos documentos, pois mantiveram contato com os fornecedores, e estes, além de encaminhar cópias das notas fiscais emitidas, enviaram declarações assumindo tais transações, em caso específico a LUXÓTTICA, no qual foi feita uma visita presencial a São Paulo, na busca de esclarecimentos.

Mantiveram a Procedência Parcial representada pelos valores constantes nos anexos 1 e 3 da diligência.

## VOTO

Quanto ao pedido da realização de 2ª diligência, para verificar a aquisição de materiais para a reposição de peças em garantia, fica negado, haja vista que o contribuinte não obedeceu aos ditames do art. 516 do RICMS, não há qualquer prova documental que comprove a necessidade do atendimento deste pleito. Nos termos do art. 147, I, “b”, do RPAF/99, Decreto nº , “Deverá ser indeferido o pedido de diligência quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.”

No que concerne pedido de declaração de decadência, dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a outubro de 2005, pois, segundo o sujeito passivo, o lançamento relativo a este período estaria fulminado por este instituto, nos moldes do art. 156, V e 150, §§ 1º e 4º, ambos do CTN, que dispõe sobre a homologação do lançamento, 05 (cinco) anos, contados da ocorrência de cada fato gerador.

De fato, o instituto da decadência relaciona-se à extinção do direito de a autoridade fiscal constituir o crédito tributário por meio do lançamento, nos termos do art. 173 do CTN.

Ocorre que a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN, que trata do lançamento por homologação dos tributos, diz respeito às situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. No caso presente, a fiscalização apurou a falta de pagamento do ICMS, por meio de levantamento fiscal, constituiu o crédito tributário, mediante lançamento de ofício, e, neste caso, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2006, com prazo final em 31/12/2010. O contribuinte foi notificado do lançamento em , e portanto não há o que se falar em decadência, e nem houve a extinção do crédito tributário.

Ressalto que este é o entendimento do CONSEF, em reiteradas decisões, a exemplo do Acórdão nº CJF 0102/12-05.

No mérito, na infração 01, está sendo exigido ICMS em decorrência de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos Anexos 88 do RICMS/97.

O Contribuinte comercializa produtos de óptica e no período fiscalizado, exercício de 2005 até fevereiro de 2008, estava sujeito à substituição tributária por antecipação, haja vista que incluídos no item 31 do art. 353, II do RICMS/97, item revogado pela Alteração nº 93, (Decreto nº 10.459 de 18/09/2007, DOE de 19/09/2007), efeitos a partir de 01/03/2008.

Através de conciliação efetuada entre os livros fiscais de entradas de mercadorias e as notas fiscais entregues pelo contribuinte e informações prestadas pelos fornecedores no Sistema SINTEGRA Nacional, os autuantes constataram as seguintes ocorrências que acarretaram a falta de recolhimento do ICMS, a saber: 1) Várias notas fiscais de entradas de produtos sujeitos à antecipação, recebidas a título de Oferta, Cortesia, Brindes e Bonificação; 2) Diversas Notas de aquisição de mercadorias recebidas pelo contribuinte sem o registro no LRE, durante o período fiscalizado.

Tendo em vista a negativa de aquisição das mercadorias objeto da infração, foi realizada diligência, para que fossem trazidas aos autos provas robustas de que, efetivamente, foram realizadas tais compras, pelo estabelecimento autuado, não obstante a falta de regularização dessas entradas nos livros fiscais e nos registros contábeis.

Deste modo, foi efetuada a circularização dos fornecedores que enviaram cópias das notas fiscais emitidas, e outros documentos emitidos na transação comercial com o autuado, situações que foram esclarecidas com a realização da diligência, realizada pelos autuantes.

Assim, consta nas fls. 738/760, que os autuantes iniciaram a diligência, em especial, no tocante à falta de recolhimento da antecipação tributária, decorrente da entrada de mercadorias recebidas a título de, “oferta” e “doação”. Também relativas às “remessas de produto em garantia”, que, segundo o autuado, a confusão aconteceu por uma simples falta de atenção do mesmo e do fornecedor, ao descumprirem as disposições regulamentares que tratam dos procedimentos a serem adotados em caso de remessa, devolução e substituição de produtos em garantia.

Os autuantes até reconhecem que seria possível o cometimento de algum equívoco, quanto aos procedimentos legais para os casos de *“troca e remessa de produtos em garantia”*, em um ou outro caso, mas o que foi constatado, é que é uma situação totalmente diferente, pois o mesmo erro ocorreu 92 vezes e, coincidentemente, com o mesmo fornecedor, a empresa LUXOTTICA DO BRASIL LTDA, sendo que, em todas essas operações, uma sequência de equívocos teriam sido cometidas, ao mesmo tempo, pelas duas partes envolvidas, situação no mínimo, muito difícil de acontecer, para não dizer impossível.

O art. 516 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, dispõe sobre os procedimentos a serem adotados nos casos de substituição de peças, em virtude de garantia, e os diligentes verificaram que não foram obedecidos pelo contribuinte.

Assim, devido à total ausência de elementos probatórios, referente às alegações lançadas pelo autuado, os autuantes mantiveram todas as notas fiscais recebidas pelo contribuinte, contendo produtos comercializados pelo mesmo, com as seguintes descrições: “oferta” e “doação”, sem a comprovação do recolhimento da substituição tributária por antecipação. Todas essas notas fiscais podem ser encontradas no “Anexo 2 Diligência”, com a seguinte observação: *“Imposto Devido – Alegação não comprovada com documentos comprobatórios”*.

Pontuam que as Notas Fiscais nºs 120126, de 11/05/05; 351367, 351368, 351374, 351377, de 28/08/06; 354560, 354561, 354562, 354563, 354566, 354568, de 23/09/06; 100392, de 13/12/07; 368394, de 18/12/06; 372671, de 16/01/07; 32460, de 31/07/07 e 425184, de 13/02/08, foram excluídas do demonstrativo de cálculo, em função da comprovação do recolhimento do imposto, vide fls. 615/618, 620/623, 638/640, 652/654 e DOC VIII, tudo detalhado. As Notas Fiscais nºs 38177, de 30/03/05; 100045, de 22/03/07 e 9652, de 17/12/07, foram excluídas do demonstrativo de cálculo, pois, até a presente data, os fornecedores não atenderam às solicitações para comprovação da operação mercantil. Também foram excluídas do demonstrativo de cálculo, as Notas Fiscais nºs 143195, de 30/11/96; 143196, de 30/11/06; 152375, 152376, 152384, de 11/06/07 e 14402, de 20/09/07, por se tratarem de “material promocional propaganda”, 419312, de 19/06/06; 116071, de 13/02/07; 481642, de 28/03/07 e 517545, de 07/09/07, por se tratarem de “remessa para troca” e as 437703, de 12/09/06 e 84760, de 28/11/06, por se tratarem de “Retorno Conserto”, conforme consta no “Anexo 02 Diligência”.

Nas Notas Fiscais nºs 75681, de 04/04/07 foi excluída do demonstrativo de cálculo, por se tratar de “assistência técnica”, constante no DOC VI. Também a de nºs 104554, de 11/01/07; 73515, de 07/05/07 e 79702, de 29/06/06, constante no DOC II, as 115772, de 17/01/05; 121061, de 24/05/05; 125465, de 08/08/05; 125890, de 19/08/05 e 126231, de 26/08/05, constante no DOC III e a 23914, de 21/09/06, constante no DOC IV, todas foram excluídas do demonstrativo de cálculo, pois foram “baixadas por devolução” de acordo com a Declaração do Fornecedor, relação analítica que consta no “Anexo 02 Diligência”.

Em relação às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 32814, de 27/07/06 e 139536, de 04/09/06, estas ficam mantidas no demonstrativo de Débito, pois se referem à “bonificação” e não foram contestadas pelo autuado.

As Notas Fiscais n<sup>os</sup> 139439, de 31/08/06, “Doação”, vide fl. 183; 406079, de 24/04/06, “Oferta”, vide fl. 161 e 502662, de 06/07/07, “Oferta”, vide fl. 185, ficam mantidas no demonstrativo de débito, pois tais cópias se encontram nos autos.

Em relação às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 7710, de 11/05/05 e 9989, de 27/04/06, emitidas pela empresa BIZ DO BRASIL ÓPTICA LTDA., foi informado pelo fornecedor, através de declaração DOC I, que as mesmas foram emitidas para empresa PRISMA COML. DE PRESENTES LTDA., e que o pagamento foi efetuado pelo cliente. Transcrevem a declaração.

Com relação às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 877195, 877196, 877198, 14083, 879051, 883058, 883060, 889434, 890169, 904778, 915562, 21744, 920758, 922637, 924553, 935489, 14216, 48170, 50398, 62207, 62789, 62790, 62791, 70304 e 70312, emitidas pela empresa LUXÓTICA DO BRASIL, foi informado pelo fornecedor, através de declaração DOC II, que as mesmas se referem a revendas de produtos ao cliente PRISMA COML. DE PRESENTES LTDA., e que o pagamento foi efetuado pelo cliente. Reproduzem novamente a declaração.

Nas Notas Fiscais n<sup>os</sup> 119571 e 134828, emitidas pela empresa MARCHON BRASIL LTDA., as mesmas se referem às vendas, efetivamente efetuadas à empresa PRISMA COML. DE PRESENTES LTDA., com pedidos do cliente, entregues no endereço da empresa e com os devidos pagamentos, sendo que o mesmo aconteceu com as Notas Fiscais n<sup>os</sup> 10815 e 23107, emitidas pela empresa MARCOLIN DO BRASIL LTDA., informação do fornecedor, através de declaração DOC IV.

As Notas Fiscais n<sup>os</sup> 237241, 237242, 237243, 237245, 237253, 239682, 239684, 243617, 258322, 258323, 258324, 258326, 258327, 258328, 258329, 258330, 258331, 268692, 329200, 329203, 331524, 342461, 326557, 326558, 326559, 326560, 326561, 326562, 326563, 326565, 326566, 326567, 326568, 326569, 328399, 329198, 329204, 356702, 360281, 360282, 360285, 360288, 363339 e 363340, emitidas pela empresa SÁFILO DO BRASIL LTDA., informam que receberam espelhos com conteúdo das mesmas, extraídos do sistema fiscal da empresa, cópias de diversos ARs.- Avisos de Recebimentos dos Correios.

Na Nota Fiscal nº 58202, emitida pela empresa WILVALE COM. E REPRESENTAÇÕES LTDA., afirma que receberam cópia da nota fiscal, AR – Aviso de Recebimento do Correio e extratos da conta-corrente comprovando os pagamentos das 6 parcelas referentes à nota fiscal em questão, que constam no DOC VI em anexo.

Após a coleta dos documentos acima especificados, os autuantes mantêm parcialmente a infração, e retificam os valores originariamente exigidos, excluindo os de cujas notas fiscais não restaram comprovadas as aquisições, conforme abaixo:

<b>Quadro Resumo – Infração 01</b>		
<b>Ano</b>	<b>Mês</b>	<b>Valor a Recolher</b>
2005	Janeiro	<b>R\$ 34,56</b>
2005	Fevereiro	<b>R\$ 122,91</b>
2005	Março	<b>R\$ 5.748,75</b>
2005	Abril	<b>R\$ 5.656,08</b>
2005	Maio	<b>R\$ 3.084,51</b>
2005	Junho	<b>R\$ 5.349,25</b>
2005	Julho	<b>R\$ 4.529,71</b>
2005	Agosto	<b>R\$ 4.132,44</b>
2005	Setembro	<b>R\$ 50,67</b>
2005	Outubro	<b>R\$ 6.448,59</b>
2005	Novembro	<b>R\$ 86,62</b>
2005	Dezembro	<b>R\$ 81,90</b>
2006	Janeiro	<b>R\$ 51,94</b>
2006	Março	<b>R\$ 5.287,89</b>
2006	Abril	<b>R\$ 5.160,44</b>
2006	Maio	<b>R\$ 3.522,92</b>
2006	Junho	<b>R\$ 39,37</b>
2006	Julho	<b>R\$ 289,11</b>
2006	Agosto	<b>R\$ 1.581,63</b>

2006	Setembro	R\$ 2.486,86
2006	Outubro	R\$ 10.167,44
2006	Novembro	R\$ 2.536,17
2006	Dezembro	R\$ 17,35
2007	Janeiro	R\$ 52,56
2007	Fevereiro	R\$ 70,90
2007	Março	R\$ 25,03
2007	Maio	R\$ 142,40
2007	Junho	R\$ 118,91
2007	Julho	R\$ 17,80
2007	Agosto	R\$ 44,99
2007	Outubro	R\$ 14,47
2007	Dezembro	R\$ 86,84
2008	Janeiro	R\$ 31,06
	total	R\$ 67.072,07

Concordo com os valores apurados na diligência, posto que, comprovado que os contatos e pedidos foram feitos diretamente pelo proprietário ou funcionários da empresa PRISMA, e as cópias dos Ars, além de outros documentos anexados aos autos, entregues pelo fornecedor, se constituem em provas irrefutáveis do recebimento das mercadorias por parte da empresa autuada. Portanto, não resta, nesse sentido, dúvida quanto à responsabilidade do contribuinte pelo pagamento do imposto no valor de R\$ 67.072,07. Procedente em parte a infração 01.

Na infração 02, exige-se ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidade da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

A infração está embasada em aquisições detectadas por meio de circularização, onde os fornecedores enviaram todas as cópias das notas fiscais emitidas e enviadas em favor do contribuinte sob fiscalização.

A fiscalização apurou que diversas notas fiscais não haviam sido escrituradas no LRE e que algumas notas fiscais eram referentes às aquisições de Ativo Fixo da empresa, sem os devidos recolhimentos do diferencial de alíquotas.

Quanto a esta infração, na diligência os autuantes reconhecem a cobrança indevida de diferença de alíquotas, referentes às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 919075, 921836, 921837, 921840, 921841, 921843, 921844, 921847, 921848, 921850, 921852, 921853, 923343, 924714, 928216, 935270 e 2221, pois tinham como destinatário outro contribuinte em nosso Estado.

Já no que se refere à Nota Fiscal n<sup>o</sup> 6459, de 28/11/06, emitida pela empresa NEWART DO BRASIL LTDA., sediada no estado de Santa Catarina, que não se destinavam ao Ativo Fixo, mas sim, para distribuição de brindes, embora os autuantes a matenham, entendo que deve ser excluída, haja vista que não cabe a cobrança do diferencial de alíquotas de brindes, que devem ser tributados nas saídas.

Nas Notas Fiscais n<sup>os</sup> 887517, 887518 e 897721, foram excluídas do demonstrativo de cálculo em função da comprovação do recolhimento do imposto, vide fls. 678/680, 682/683 e 684/685, e as 883059 e 883082, de 28/08/07, foram excluídas do demonstrativo de cálculo em função de terem sido devolvidas, vide fls. 705/713 e declaração do fornecedor DOC VII, tudo detalhado no “Anexo 04 Diligência”.

Registram os autuantes que não procede a alegação de que as Notas Fiscais n<sup>os</sup> 887517 e 887519, de 12/09/07, ambas no valor de R\$ 69.822,28, foram emitidas em duplicidade. Basta uma simples verificação nas cópias dos documentos fiscais, acostados aos autos, às fls. 287 e 288, para constatar que se trata de aquisição de produtos com descrição e características totalmente diferentes, em cada nota fiscal, sendo que a única coincidência é o valor total da nota fiscal. A primeira nota fiscal, se refere à aquisição dos seguintes produtos: Bomba 220V/80Hz EUA; Caneta de leitura óptica; código de barra de 00 até 200; Eletro válvula 220v com corpo de metal;

Estabilizador bivolt 3kva; gabarito para ajuste raynilkappa; Leitor Kappa L10; Lensometro digital LM 5000; Lente de ajuste EAS; Paquímetro mitutoyo e Swuing II, tendo como valor total dos produtos R\$ 67.672,28 + IPI R\$ 2.150,21, perfazendo um total R\$ 69.822,49.

Quanto à segunda (887519) se refere à aquisição dos produtos: Caneta Óptica e Facetadora Kappa M10, tendo como valor total dos produtos de R\$ 69.822,49, sem a incidência de IPI.

Os autuantes enviaram solicitação ao fornecedor desses equipamentos, empresa MULTI-ÓPTICA DISTRIBUIDORA LTDA (ESSILOR), a respeito do status dessas notas fiscais e receberam uma declaração, vide DOC VII, constatando que as mesmas foram liquidadas (887517 - 12/09/2007 - 69.822,49; 889519 - 12/09/2007 - 69.822,49 *Notas agrupadas no boleto 40478 e liquidadas em 36 parcelas*).

Assim, não resta dúvida que as notas fiscais se referem a transações comerciais distintas e que ambas foram quitadas junto ao fornecedor. Nesse sentido, considerando que o imposto relativo à Nota Fiscal nº 887517 teve o seu recolhimento comprovado, resta pendente de recolhimento o ICMS referente à Nota Fiscal nº 889519, motivo pelo qual a cobrança do débito fica mantida no demonstrativo de cálculo “Anexo 03 Diligência”.

Acompanho o levantamento retificado pelos autuantes, mas excluo o valor de R\$120,00, relativo ao mês de novembro de 2006, referente à NF nº 6459, fl. 283, pois constato que se trata da mercadoria “massageador para mãos”, material para brindes, do que resulta a exigência do ICMS no valor de R\$ 8.393,86, conforme quadro abaixo:

<i>Quadro Resumo – Infração 02</i>			
<i>Ano</i>	<i>Mês</i>	<i>B Cálculo</i>	<i>Difal 10%</i>
2006	Março	R\$ 1.253,79	<b>R\$ 125,38</b>
2006	Abril	R\$ 12.862,30	<b>R\$ 1.286,23</b>
2007	Setembro	R\$ 69.822,49	<b>R\$ 6.982,25</b> <b>R\$ 8.393,86</b>

Deste modo, julgo procedente em parte a infração 02.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **170623.0061/10-8**, lavrado contra **PRISMA COMERCIAL DE PRESENTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.465,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR