

PROCESSO	- A. I. Nº 206948.0011/13-1
RECORRENTE	- F S VASCONCELOS & CIA. LTDA. (LOJAS MAIA – MAGAZINE LUÍZA LTDA.)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0084-05/15
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 06/10/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0223-11/17

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. DIFERENÇA DE ENTRADA MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA QUE AS SAÍDAS. Constatadas as omissões de entradas, pertinente a presunção de omissão de saídas. Reduzido valor final da imputação em face da diligência solicitada pela Câmara. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Nesta fase processual, tratam os autos de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/10/2013 para exigir ICMS no valor de R\$128.295,19, constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas (exercício de 2012). Multa de 70%, III.

O autuado apresentou defesa às fls. 75 a 85 dos autos e, em seguida, o autuante, às fls. 133/141, apresentou a informação fiscal de praxe, sendo concluída a instrução e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração, na seguinte literalidade:

“Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido o ICMS, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2006.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que as demonstrações e alegações de inconsistência do levantamento de estoque foram devidamente contestadas pelo autuante, quanto à análise do mérito, de tal forma que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia.

Quanto à análise do mérito, verifico que em relação às notas fiscais emitidas pela autuada (fls. 98 a 129), a Nota Fiscal às fls. 98, de nº 199127, foi emitida em 19/12/2011, portanto, não pertence ao período fiscal examinado, janeiro a junho de 2012. Consta a data de saída de 13/11/2013, após a lavratura do auto de infração e, portanto, da influência sobre os estoques alvo do levantamento, bem como as Notas Fiscais às fls. 99 a 128, nºs 210557, 210559, 210608, 210642, 211138, 211139, 211207, 211208, 211216, 211225, 211234, 213696, 213718, 213801, 213802, 215186, 216483, 216494, 216497, 216500, 216990, 217779, 218093, 218094, 218095, 218096, 218097, 218102 e 218115, todas foram emitidas pela autuada em janeiro de 2012, com data de saída de 13/11/2013, depois da data da lavratura do AI 206948.0011/13-1.

Conforme afirma o autuante “Nenhuma dessas Notas Fiscais consta a ressalva “Nota Fiscal emitida nos termos do art. 2º do Decreto nº 7016 é de 26 de novembro de 2009”, ou seja, não observaram a regra imposta no §1º do referido Art. 2º do Decreto mencionado nas Razões de Defesa, Decreto nº 7016 é de 26 de novembro de 2009.”

Cabe observar que consta do art. 2º desse Decreto que as mercadorias envolvidas nas transferências supostamente fictícias deveriam existir em seu estoque e ainda não negociadas até a data de publicação do Decreto, em 27 de novembro de 2009. Verifica o autuante que as mercadorias existentes nos estoques da autuada, ainda não negociadas até 27/11/2009, serem objeto de transferências fictícias em janeiro de 2012, não é cabível.

A Nota Fiscal, às fls. 129, de nº 276830, foi emitida em 16/05/2012 e, com data de saída de 13/11/2013, depois da data da lavratura do AI 206948.0011/13-1. Nessa Nota Fiscal não consta a ressalva “Nota Fiscal emitida nos termos do art. 2º do Decreto nº 7016 é de 26 de novembro de 2009”, ou seja, não observaram a regra imposta no §1º do referido Art. 2º do Decreto mencionado nas Razões de Defesa, Decreto nº 7016 é de 26 de novembro de 2009. Além disso, consta do Art. 2º desse Decreto que as mercadorias envolvidas nessa transferência supostamente fictícia deveriam existir em seu estoque e ainda não negociadas até a data de publicação do Decreto, em 27 de novembro de 2009. Mercadorias existentes nos estoques da autuada, ainda não negociadas até 27/11/2009, serem objeto de transferências fictícias em maio de 2012, não é cabível.

Conforme argumenta o autuante, as Notas Fiscais emitidas pela autuada para o respectivo fabricante conforme determina o “caput” do art. 2º do Decreto nº 7016/2009, deveriam ter reciprocamente as notas fiscais de retorno do fabricante, em observância à regra imposta no § 4º do art. 2º do Decreto nº 7016/2009, contudo o sujeito passivo alega à fl. 78, que em alguns casos, a emissão da nota fiscal de contrapartidas de devolução por parte dos fornecedores não se deu na mesma competência, o que gerou a diferença de estoque. Ou seja, mesmo que as notas fiscais de devolução emitidas para utilização do crédito do IPI não movimentem estoques, sendo suas quantidades fictas e utilizadas apenas para cálculo do crédito do IPI, na rotina de movimentação de estoques feita pela SEFAZ-BA, computou-se estas saídas, mas não as correspondentes entradas, visto que estas não se deram em 2012.

Conforme alinha o autuante o sujeito passivo apontou alguns exemplos, à fl. 79, de Notas Fiscais que teriam retornado dos fabricantes, mas, que teriam sido emitidas irregularmente após o encerramento das atividades da empresa, 10/06/2012, quando se deu a incorporação pela empresa Magazine Luiza Ltda., contudo sem a comprovação das notas fiscais, bem como os registros desses documentos fiscais no livro Fiscal de Registro de Entrada.

As alegações relativas à devolução de mercadorias constantes do Ativo Imobilizado não foram alvo do levantamento fiscal, todos os CFOP's considerados no Levantamento Fiscal estão discriminados à fl. 32 do presente PAF, não incluindo itens do Ativo imobilizado.

O autuante extraiu da mídia às fls. 130 do presente PAF, planilha conforme segue:

NF FS VASCONCELOS (DEVOLUÇÃO DE IPI AO FORNECEDOR)	DT EMISSÃO	NF FORNECEDOR DE RETORNO DA DEVOLUÇÃO DE IPI	DT ENTRADA	Contestação: Observações
211138	16/01/12			Não consta o retorno
213696	20/01/12	270352		Não consta o retorno
211139	16/01/12	833844	10/06/12	Entrada em 10/06/2012 Consta do Levant.Fiscal
210642	14/01/12			Não consta o retorno
212366	18/01/12			Não consta o retorno
210559	14/01/12			Não consta o retorno
199127	24/01/12	190495		Não consta o retorno
211216	16/01/12			Não consta o retorno
210608	14/01/12			Não consta o retorno
218115	30/01/12	13024		Não consta o retorno
211225	16/01/12	68236		Não consta o retorno
211234	16/01/12	62529		Não consta o retorno
213801	20/01/12			Não consta o retorno
217779	20/01/12			Não consta o retorno
215186	23/01/12			Não consta o retorno
213801	20/01/12			Não consta

				<i>o retorno</i>
213801	20/01/12			<i>Não consta o retorno</i>
210557	14/01/12	833835	20/06/12	<i>Entrada em 20/06/2012 Após encerramento das atividades da Autuada. Incorporação Foi em 10/06/12</i>
213718	20/01/12	270359	31/03/12	<i>Entrada em 31/03/2012 Segundo ela c/código difer.</i>
218102	30/01/12	9394	31/03/12	<i>Entrada em 31/03/2012 Segundo ela c/código difer.</i>
213801	20/01/12			<i>Não consta o retorno</i>
216497 E 216500	25/01/12	121554 E 121583	31/03/12	<i>Entrada em 31/03/2012 Consta do Levant.Fiscal</i>
216483 E 216494	25/01/12	121431 E 121582	31/03/12	<i>Entrada em 31/03/2012 Segundo ela c/código difer.</i>
276830	16/05/12			<i>Não consta o retorno</i>
218097 E 218096	30/01/12	1518 E 1519	28/06/12	<i>Entrada em 28/06/2012 Após encerramento das atividades da Autuada. Incorporação Foi em 10/06/12</i>
213801	20/01/12			<i>Não consta o retorno</i>
213802	20/01/12			<i>Não consta o retorno</i>
213801	20/01/12			<i>Não consta o retorno</i>
218095, 218094 E 218093	31/01/12	1520, 1521 E 1522	27/09/12	<i>Entrada em 27/09/2012 Após encerramento das atividades da Autuada.</i>

No que alude às notas acima alinhadas, cabem as afirmações do autuante de que: nenhuma dessas notas fiscais emitidas pela Autuada consta a ressalva “Nota Fiscal emitida nos termos do art. 2º do Decreto nº 7016 é de 26 de novembro de 2009”, ou seja, não observaram a regra imposta no §1º do Art. 2º do Decreto mencionado nas Razões de Defesa, Decreto nº 7016 é de 26 de novembro de 2009. Diligência nesse sentido foi providenciada conforme adiante relatada.

O que se constata em todos os casos é que as operações que o autuado afirma ter realizado com base no decreto Federal, para devolução do IPI, além de não se ajustarem às exigências formais previstas no próprio decreto, terem saída em muitos casos após o encerramento da fiscalização, além de carecerem de comprovação quanto à devolução fictícia das mercadorias previstas no aludido decreto, o que torna a operação prevista pelo decreto não comprovada, pois não há a confirmação dos fornecedores de que recebeu a devolução fictícia e devolve também ficticiamente a mercadorias para efeito de utilização do IPI pelos respectivos fornecedores. Verifico, também, que o autuado argumenta que houve devoluções de fornecedores com códigos diferentes dos códigos existentes nas notas de devolução emitidas pela Autuada para estes, ocasionando a mesma impressão de omissão de entradas, contudo não houve a demonstração do ocorrido.

Conforme relatado, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, à fl. 145, dos autos, na assentada do julgamento, deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC/CONSEF para que o autuado pudesse apresentar as notas fiscais que resultaram nas operações fictas relativas às operações efetuadas com base no aludido decreto federal, alvo da presente autuação. Para que o diligente excluisse as comprovadas operações fictas, as saídas e retornos, que foram efetuadas com base no aludido decreto federal, acima referido, observando as argüições defensivas e a informação fiscal, e efetue uma nova apuração das quantidades omitidas, se houver.

O parecer da ASTEC/CONSEF foi no sentido de que as notas fiscais, apesar de emitidas em 2012, todas constam as saídas em 2013 e 2014, portanto fora do período fiscalizado e depois da lavratura do Auto de Infração. Destaca a diligente que somente a nota fiscal 216494, à fl. 199, consta a informação do DEC. 7663, de 29.12.2011, as demais notas, além de não constarem nenhuma informação, constam ICMS, frete, placa do veículo, sem indicação do decreto e datas de emissão e de saídas totalmente irregulares.

Observa que não foram consideradas pelo autuante, como se verifica, à fl. 39 devido as irregularidades apresentadas.

Conclui a diligente que as notas fiscais não foram consideradas devido às diversas irregularidades e por se tratar de saída de outros exercícios que não foi o fiscalizado.

Assim, verifico que a diligente ratifica o trabalho do autuante ao não considerar as notas fiscais que o autuado alega ter havido devolução ficta.

Cabe destacar que, intimado para ciência do Parecer da ASTEC/CONSEF, o mesmo não mais se manifestou.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com o Julgamento proferido pela primeira instância, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 263 a 273), sustentando a necessidade de reforma da Decisão recorrida, porém, sem nada acrescentar de novo, nesse passo, repisando integralmente os argumentos apresentados na Defesa e repetindo todos os pedidos antes formulados.

Assim, alegou ter procedido à emissão de diversas notas de devolução de mercadorias, nas competências de 2011 e 2012, em atenção ao quanto disposto no Decreto nº 7016, de 26/11/2009, o qual determinou a redução das alíquotas do IPI para diversos produtos da linha branca e de móveis, fato desconsiderado pela Fiscalização, o que gerou uma suposta omissão de entradas, no exercício de 2012.

Destacou terem os artigos 1º e 2º, do Decreto nº 7016/99, determinado a redução da alíquota do IPI a zero, relativamente a diversos produtos. Desse modo, as pessoas jurídicas atacadistas e varejistas dos produtos em questão deveriam efetuar a devolução ficta ao fabricante de tais produtos, existentes em seu estoque e ainda não negociados, até a data de publicação do Decreto, mediante emissão de nota fiscal de devolução, transcrevendo os dispositivos invocados.

Prosseguiu, aduziu que procedeu exatamente como dispunha a norma tributária, na medida em que emitiu diversas notas fiscais de devolução de mercadorias sujeitas à redução da alíquota do IPI, a fim de que fosse gerado o crédito do imposto.

Consignou serem as devoluções apenas FICTAS, nos termos do § 3º, do art. 2º, Decreto nº 7.016/99, não servindo para movimentar o estoque, fato não verificado pelo Fiscal Autuante, no momento da elaboração do Levantamento Fiscal, disso resultando apuração de uma suposta omissão de entradas.

Ademais, informou que, em alguns casos, a emissão da nota fiscal de contrapartida de devolução por parte dos fornecedores não se deu na mesma competência, o que gerou a diferença de estoque. Ou seja, mesmo que as notas fiscais de devolução emitidas para utilização do crédito do IPI não movimentassem estoques, sendo suas quantidades fictas e utilizadas apenas para cálculo do crédito do IPI, na rotina de movimentação de estoques feita pela SEFAZ-BA, computou-se estas saídas, mas não as correspondentes entradas, porquanto elas ocorreram em 2013.

No entanto, complementou, a maior parte das omissões é causada por detalhes concernentes a “operação de devolução de IPI” em 2012, havendo diversos casos em que a empresa procedeu à emissão da nota de devolução de IPI para o fornecedor e a contrapartida não foi dada entrada na FS VASCONCELOS até o encerramento das suas atividades, em 10/06/2012, quando efetivada a incorporação pela empresa Magazine Luíza S.A.

Apresentou alguns exemplos registrados na planilha de justificativas que foi anexada, onde a contrapartida da devolução das mercadorias enviadas pela F.S. VANCONCELOS só ocorreu após a incorporação pelo MAGAZINE LUÍZA S.A.

Aduziu que as notas de devolução de IPI não movimentam estoques, porém, foram computadas

as notas de retorno dos fornecedores no levantamento fiscal de 2012 como se movimentassem, ocasionando as omissões de entradas.

Consignou ser o normal que a emissão da nota fiscal de devolução referente ao quanto determinado no Decreto nº 7.016/99 pela Autuada e a correlata nota de retorno do fornecedor se dessem na mesma competência, anulando-se as quantidades, mas, em alguns casos, não foi o que ocorreu.

Argumentou que houve devoluções de fornecedores com códigos diferentes dos códigos existentes nas notas de devolução emitidas pela Autuada para estes, ocasionando a impressão de omissão de entradas, já que o contribuinte emitiu a nota fiscal de devolução ao fornecedor e não houve uma contrapartida equivalente (mesmo código de produto nas mesmas quantidades).

Disse que, logicamente, existiu, também a omissão de saídas deste código devolvido pelo fornecedor, mas, como o objeto da autuação é apenas a infração referente à omissão de maior valor, a empresa foi autuada apenas nas omissões de entrada no presente lançamento.

E, como forma de comprovar o quanto alegado, elaborou planilha onde constavam justificativas relativamente aos produtos lançados pelo Fiscal Autuante como objeto de omissão de entradas, que, na verdade, não ocorreram, não havendo que se falar em falta de recolhimento do imposto.

Outrossim, afirmou que o levantamento efetuado pela empresa encontrou justificativas para quase 90% das supostas omissões levantadas pela Fiscalização, acreditando que uma perícia fiscal elaborada com mais detalhamento e mais tempo encontraria justificativa para a quase totalidade das omissões apontadas.

Informou que a planilha retratada no DOC. 01, também se encontra salva no meio magnético (CD-rom) colacionado à defesa, já que a impressão tornou a planilha com fontes bastantes pequenas e que, também se encontram, no DOC. 02 anexado, as notas fiscais de devolução emitidas pela Autuada para os fornecedores, nos termos do Decreto nº 7.016/99, bem como as notas fiscais emitidas pelos fornecedores para a Autuada, como contrapartida da emissão das notas fiscais de devolução. Tais documentos, de igual sorte, estão salvos em meio magnético (CD-rom) inclusos com a defesa, porquanto a impressão das notas fiscais emitidas pela empresa se encontra bastante clara, mas legíveis no CD-rom.

Relatou, a título exemplificativo, o equívoco quanto aos primeiros itens do Levantamento Fiscal, constante na planilha – DOC. 01, onde se verifica que constam todas as justificativas para as supostas omissões de entradas apontadas, quando, na verdade, se trata de nota fiscal de devolução de mercadorias ao fornecedor, nos termos do quanto determinado pelo Decreto nº 7016/1999, além de outros casos, como mercadorias adquiridas para o Ativo Imobilizado, destarte, comprovada que não houve a falta de pagamento do imposto, conforme apontado no lançamento.

Apresentou, às fls. 269/271, tabela listando as notas fiscais das operações de devolução e retorno acompanhada de justificativas.

Complementou, afirmando não proceder a cobrança perpetrada em face da empresa, uma vez que a suposta omissão de entradas de mercadorias, de fato, não ocorreu, conforme detalhado demonstrativo elaborado visando comprovar que as operações ocorreram de forma regular, sem a falta de recolhimento do imposto, postulando que todas as suas argumentações e provas acostadas aos autos, bem como outras que se encontram na sede da empresa, fossem analisadas por Fiscal estranho ao feito, através de diligência fiscal, quando restaria comprovada a inexistência de saldo de imposto a pagar.

A seguir, apresentou as razões que considerou equivocadas no acórdão recorrido, sustentando, literalmente, que:

"A D. JJF não acolheu as notas fiscais apresentadas pela Autuada, basicamente, sob duas alegações. Inicialmente, aduz que as notas fiscais emitidas não fizeram constar a ressalva 'nota fiscal emitida nos termos do art. 2º, do Decreto nº 7016 de 26 de novembro de 2009'.

Ora, Srs. O descumprimento de mera formalidade, ou obrigação acessória, não pode justificar a cobrança pela Autoridade Fazendária de tributo indevido ou em duplicidade.

Inclusive porque todas as notas fiscais foram emitidas contendo o CFOP correto, relativamente à devolução de mercadoria ao fornecedor, mencionando a nota fiscal a que refere a devolução, o que deve ser considerado pelo este E. CONSEF, como forma de comprovar o quanto alegado pela Autuada.

Mais adiante, o Acórdão recorrido aduz que algumas notas fiscais apresentam data de saída após o encerramento da fiscalização. Nesses casos, o julgamento não observou as razões já aduzidas pela Autuada nos itens 12 e seguintes da presente petição.

Isto porque, como já mencionado acima, a emissão da nota fiscal de contrapartida de devolução por parte dos fornecedores não se deu na mesma competência, o que gerou a diferença de estoque. Ou seja, mesmo que as notas fiscais de devolução emitidas para utilização do crédito do IPI não movimentem estoques, sendo suas quantidades fictas e utilizadas apenas para cálculo do crédito do IPI, na rotina de movimentação de estoques feita pela SEFAZ-BA, computou-se estas saídas, mas não as correspondentes entradas, visto que estas não se deram em 2012, mas sim em 2013.

No entanto, a maior parte das omissões é causada por detalhes concernentes a ‘operação de devolução de IPI’ em 2012. Houve diversos casos em que a empresa procedeu à emissão da nota de devolução de IPI para o fornecedor e a contrapartida deste não foi dada entrada na FS Vasconcelos até o encerramento das suas atividades, em 10/06/2012, quando ocorreu a incorporação pela empresa MAGAZINE LUÍZA S.A. Ou seja, a contrapartida ocorreu no exercício de 2013, conforme rol de exemplos elencados acima, o que demonstra a IMPROCEDENCIA das cobranças concernentes ao presente lançamento.”

Encaminhados os autos para PGE/PROFIS emitir parecer sobre o recurso, à fl. 281, o órgão verificou que a alegação recursal relacionada à movimentação de estoques levada a efeito pela SEFAZ, computando apenas as saídas, mas não as correspondentes entradas, vistos que essas não se deram em 2012, mas em 2013, em razão da contrapartida de devolução por parte dos fornecedores não ter ocorrido na mesma competência e, por isso, recomendou a remessa dos autos para diligência pela ASTEC.

À fl. 290, a 1^a CJF decidiu converter o processo em diligência ao autuante para:

“Intimar para que a empresa apresente o retorno simbólico das notas de devolução descritas nas planilhas de fls. 269/271;

Cotejar as operações de devolução e retorno, excluindo as operações comprovadas elaborando, novo demonstrativo, se couber.”

Concluídos os trabalhos, que fossem remetidos os autos para emissão de Parecer definitivo pela PGE/PROFIS.

Às fls. 310 e 311, o autuante apresentou o resultado da diligência, informando que, após intimado, o contribuinte, às fls. 294 a 306, apresentou em arquivo eletrônico:

- 1- 13 (treze) Notas Fiscais Eletrônicas de operações de retorno emitidas por terceiros, com a ressalva prevista no Decreto Federal que regulamenta essas operações;
- 2- 06 (seis) DANFE's emitidos por terceiros e 18 (dezoito) DANFE's de emissões próprias.

O autuante asseverou que não poderia acolher os DANFE's apresentados, pois não era nota fiscal eletrônica e sim um documento meramente auxiliar, não se prestando a contraprova para corroborar alegações defensivas, perante ao Fisco.

Informou, ainda, que:

“Treze Notas Fiscais Eletrônicas de operações de retorno emitidas por terceiros, com a ressalva prevista no Decreto Federal que regulamenta as operações perquiridas, foram apresentadas como contraprovas para corroborar as alegações defensivas.

As treze Notas Fiscais Eletrônicas de emissões próprias correspondentes às 13(treze) Notas Fiscais Eletrônicas de operações de retorno emitidas por terceiros foram excluídas do Levantamento Fiscal, conforme quadro demonstrativo às fls. 311.

Com essas exclusões, novos Demonstrativos Retificadores foram produzidos pela fiscalização ocasionando uma redução no ICMS reclamado, de R\$ 128.295,19, para R\$ 106.320,17.”

A Autuada foi intimada (fls. 312 e 313), em 18/04/2016, para, no prazo de dez dias, se manifestar

sobre a Informação Fiscal de fls. 310 e 311, acompanhada dos novos Demonstrativos Retificadores (Demonstrativo das Omissões Consolidado e Demonstrativo de Débito do ICMS), de fls. 314 a 326.

Tempestivamente, a Recorrente apresentou nova manifestação (fls. 356 a 360), repetindo, inicialmente, os argumentos expostos na peça recursal e aduzindo que:

"A Autuada demonstrou nas suas razões defensivas ser o imposto indevido, uma vez que a suposta omissão de entradas de mercadorias, de fato, não ocorreu. O contribuinte elaborou detalhado demonstrativo como forma de comprovar que as operações ocorreram de forma regular, sem a falta de recolhimento do imposto, uma vez que o contribuinte procedeu à emissão de diversas notas de devolução de mercadorias, nas competências de 2011 e 2012, em atenção ao quanto disposto no Decreto nº 7016, de 26/11/2009, que determinou a redução das alíquotas do IPI, para diversos produtos da linha branca e de móveis, o que não foi considerado pela Fiscalização e findou por gerar uma suposta omissão de entradas, no exercício de 2012."

E, após a determinação de realização de diligência, pela D. 1^a CJF, a Autuada foi intimada a apresentar o retorno simbólico das notas de devolução descritas nas planilhas de fls. 269/271, tendo o I. Autuante elaborado planilha consolidando o resumo das notas fiscais alegadas pela Autuada como sendo referentes ao retorno simbólico das mercadorias. A referida planilha apresenta 28 notas fiscais a serem apresentadas pelo contribuinte.

Das 28 notas fiscais, a Autuada apresentou 13 notas fiscais eletrônicas e 05 DANFE's, conforme e-mail enviado em 28/03/2016, ao Fiscal Autuante e Diligente. O mesmo elaborou Diligência Fiscal onde, em resumo:

** acatou as 13 notas fiscais eletrônicas de operações de retorno emitidas por terceiros, com a ressalva prevista no Decreto Federal que regulamenta essas operações, entendendo que as mesmas servem como contraprovas para corroborar as alegações defensivas, tendo excluído tais valores e elaborado novos Demonstrativos Retificadores, ocasionando uma redução no ICMS reclamado de R\$ 128.295,15, para R\$ 106.320,17;*

** não acatou os 05 DANFE's apresentados pela Autuada, por entender que DANFE não é nota fiscal eletrônica e não serve perante o Fisco para corroborar quaisquer alegações defensivas da empresa.*

Ora, Srs., o I. Autuante, atendendo ao quanto disposto na determinação da E.1^a CJF, excluiu da cobrança perpetrada à Autuada os valores referentes às notas fiscais de devolução apresentadas pela empresa, uma vez que restou comprovado o retorno simbólico das mercadorias enviadas para industrialização, sendo que tais operações não podem movimentar o estoque, restando elidida a infração, quanto a estas mercadorias.

(...)

Sendo assim, a Autuada traz aos autos as notas fiscais eletrônicas nºs 1518, 1519, 1520, 1521 e 1522, todas emitidas pela empresa MABE BRASIL ELETRODOMÉSTICOS LTDA, relativamente aos retornos das mercadorias constantes nas notas fiscais emitidas pela Autuada nºs 218083, 218094, 218095, 218096 e 18094, conforme cópias em anexo – DOC. 02, fim de que as mesmas sejam excluídas do lançamento em questão, evitando, assim, que seja cobrado do contribuinte imposto claramente indevido, o que, certamente, não é a intenção deste SEFAZ, nem, tampouco, deste E. CONSEF.

Por fim, quanto às notas fiscais nºs 210559, 210608, 210642, 21118 e 211216, todas emitidas pela empresa WHIRPOOL, a Autuada requer seja concedido prazo suplementar para que apresente as mesmas, uma vez que não as localizou nos seus arquivos, nem conseguiu com o Fornecedor a segunda via das mesmas a tempo de apresentar ao Fiscal Autuante."

O autuante, às fls. 404/407, voltou a se manifestar, apresentando um relato de todo o procedimento adotado, objetivando atender ao quanto solicitado pela diligência da 1^a CJF, explicando a redução da infração em termos de: *"Treze Notas Fiscais Eletrônicas de operações de retorno emitidas por terceiros, com a ressalva prevista no Decreto Federal que regulamenta as operações perquiridas, foram apresentadas como contraprovas para corroborar as alegações defensivas."*

As treze Notas Fiscais Eletrônicas de emissões próprias correspondentes às 13(treze) Notas Fiscais Eletrônicas de operações de retorno emitidas por terceiros foram excluídas do Levantamento Fiscal, conforme quadro demonstrativo às fls. 311.

Com essas exclusões, novos Demonstrativos Retificadores foram produzidos pela fiscalização ocasionando uma redução no ICMS reclamado de R\$ 128.295,19, para R\$ 106.320,17, passando a prevalecer as Omissões de Saídas em relação às Omissões de Entradas."

Em sequência, comentou as alegações trazidas pelo sujeito passivo na sua manifestação de fls. 356 a 370, onde foram anexados documentos (Notas Fiscais Eletrônicas) referentes a alguns DANFES apresentados desde a impugnação, tendo assim se manifestado:

“A despeito da nova oportunidade de apresentar contraprovas para corroborar as alegações defensivas quando comunicado dos ajustes efetuados na Informação Fiscal às fls. 310 a 352, cremos ser objeto de contemplação dos Arts. 123 e 140 a 143 do RPAF, devendo prevalecer os números retificadores apresentados pela fiscalização, visto que as NF-e 1518, 1519, 1520, 1521 e 1522, acostadas à nova manifestação da autuada, já haviam sido apresentadas anteriormente, anexas ao e-mail às fls. 307, portanto, não se trata de fato novo. Essas operações já havia sido analisadas pela fiscalização e não foram excluídas do Levantamento Fiscal, por dois motivos, a saber:

1º) todas são datadas de 28/06/2012, posterior à data em que se deu o encerramento das atividades da autuada no Estado da Bahia no dia 10/06/2012, quando ocorreu a incorporação pela empresa Magazine Luiza; e,

2º) principalmente porque todas envolvem a Rubrica Fiscal **CFOP 6101 Venda de produtos do estabelecimento, que representa circulação física (real) de mercadoria**, sem, no entanto, observar o ‘**RITO LEGAL**’ estabelecido no Decreto Federal que regulamenta as operações perquiridas. É exatamente a estrita observância a esse ‘**RITO LEGAL**’ que vai nortear a fiscalização no sentido de considerar essas operações como ‘**operações fictícias**’.

(...)

Por fim, quanto às notas fiscais nºs 210559, 210608, 210642, 21118(número errado) e 211216, a Autuada alega terem sido emitidas pela empresa WHIRPOOL e requer seja concedido prazo suplementar para que apresente as mesmas, uma vez que não as localizou nos seus arquivos, nem conseguiu com o Fornecedor a segunda via das mesmas a tempo de apresentar ao Fiscal Autuante.

Aqui cabe um esclarecimento, na verdade, esses documentos (210559, 210608, 210642, 21118 e 211216) são de emissão própria, não foram emitidas pela empresa WHIRPOOL, como afirma, equivocadamente, a autuada.

As *Notas Fiscais Eletrônicas de emissões próprias* nºs 210559, 210608, 210642 e 211216 estão no Levantamento Quantitativo das Saídas (LQS- 2012), conforme excerto abaixo:

Emissão	NF	Item	CFOP	Produto	Descrição do Produto	Unid.	Qtd.	Valor
14/01/2012	210559	1	6202	197647	REF IV P 356L BRF36FR INOX BRASTEMP	UN	6,000	8.202,96
14/01/2012	210608	1	6202	199209	FRE V 1VDF 231L CVU26DB CONSUL	UN	31,000	21.650,71
14/01/2012	210642	1	6202	194464	REF IV P 356L BRF36FB BCO BRASTEMP	UN	4,000	4.011,96
16/01/2012	211216	1	6202	199208	FRE V 2VDF 231L CVU26DB CONSUL	UN	19,000	12.477,49

Obs: Esses dados não constituem fatos novos, a autuada recebeu o LQS-2012 completo

Além disso, são operações fiscais realizadas mediante emissão de *Notas Fiscais Eletrônicas* e é sabido que não existe arquivo físico de NF-e, todo contribuinte tem a obrigação de guardar pelo prazo decadencial os arquivos virtuais “XML” das NF-e. Esses armazenamentos ocorrem apenas no campo virtual.”

Concluiu a diligência, mantendo, apenas, a desoneração para a infração antes mencionada.

Retornando os autos para o CONSEF, esta 1ª CJF, em sessão de julgamento do dia 09/03/2017, constatou a ausência da remessa dos autos para o opinativo da PGE, como anteriormente determinado, na primeira diligência, e decidiu encaminhar o processo à PGE/PROFIS, visando a emissão de parecer jurídico sobre as questões e os argumentos trazidos pelo contribuinte no seu apelo recursal e demais manifestações, como também as alegações tracejadas pelo fiscal autuante.

A PGE/PROFIS, à fl. 433 e verso, emitiu Parecer, opinando no sentido do acolhimento das considerações alinhadas no Parecer Técnico de fls. 404/407 dos autos, destacando que:

“De fato, conforme se verifica da manifestação, foram devidamente expurgados do lançamento as notas fiscais de retorno emitidas por terceiros, consoante impõe a legislação de regência, reduzindo o lançamento originário.

Doutro lado, conforme exposto na diligência em epígrafe, o DANFE não se presta a provar a realização de circulação de mercadorias porquanto se trata de documento meramente auxiliar da NF-e, não possuindo qualquer validade sem o documento que serve pelo espelhamento.

Assim, opinou pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, acolhendo o expurgo das 13 notas realizadas na diligência.

A Procuradora Assistente, à fl. 434, acolheu o Pronunciamento da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior.

VOTO

Consoante minuciosamente relatado, encontra-se sob exame o Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª JJF, a qual julgou Procedente o Auto de Infração lançado em razão do cometimento de falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

Em sua irresignação, o Contribuinte sustentou ter procedido a emissão de diversas notas de devolução de mercadorias, nas competências de 2011 e 2012, em atenção ao quanto disposto no Decreto nº 7016, de 26/11/2009, o qual determinava a redução das alíquotas do IPI para diversos produtos da linha branca e de móveis, norma desconsiderada pela Fiscalização, o que gerou uma suposta omissão de entradas no exercício de 2012.

Face os argumentos suscitados pelo Recorrente, bem como os documentos acossados, esta Câmara decidiu converter o processo em diligência para análise das operações de devolução e retorno, excluindo as operações comprovadas e elaborando novo demonstrativo, se fosse necessário.

O autuante, atendendo ao quanto lhe foi solicitado, procedeu a revisão no lançamento, apresentando o resultado com novo demonstrativo de débito para a infração, ocasionando a diminuição do valor original de R\$128.295,19 para R\$106.320,17, revisão também acolhida pela PGE/PROFIS.

O contribuinte, após intimado, apresentou em arquivo eletrônico (fls. 294 a 306):

- 1- 13 (treze) Notas Fiscais Eletrônicas de operações de retorno emitidas por terceiros, com a ressalva prevista no Decreto Federal que regulamenta essas operações;
- 2- 06 (seis) DANFEs emitidos por terceiros e 18 (dezoito) DANFEs de emissões próprias.

O autuante aduziu que não poderia acolher os DANFEs apresentados, porquanto não eram notas fiscais eletrônicas, mas documentos meramente auxiliares que não se prestavam como contraprova para comprovar alegações defensivas perante o Fisco.

Informou que as 13 (treze) Notas Fiscais Eletrônicas de operações de retorno emitidas por terceiros foram excluídas do Levantamento Fiscal, conforme quadro demonstrativo de fl. 311 e, por conta de tais exclusões, novos Demonstrativos Retificadores foram produzidos pela fiscalização, ocasionando uma redução no ICMS reclamado.

Diante do quadro circunstancial delineado, comungo com a Manifestação do autuante (fls. 404/407), na medida em que foram corretamente expurgadas do lançamento as notas fiscais de retorno emitidas de terceiros, consoante impõe a legislação de regência.

Doutro lado, conforme exposto na diligência, o DANFE não se presta a provar a realização de operações de retorno, não configurando circulação de mercadorias, porquanto se trata de documento auxiliar da nota fiscal eletrônica, só adquirindo validade se acompanhado do documento fiscal que serve para o espelhamento.

Outrossim, restou também comprovado (fls. 406/407 da diligência), que as notas fiscais indicadas na Manifestação de fls. 356/360 foram devidamente apreciadas, por ocasião do levantamento quantitativo, procedido pelo autuante na fiscalização.

Ante o exposto, e evitando delongas desnecessárias, por se tratar de matéria eminentemente fática, acolho a conclusão da diligência, corroborada pelo Parecer da PGE/PROFIS, adotando como valor final para a imputação o importe de R\$106.320,17, disso resultando o Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206948.0011/13-1, lavrado contra F S VASCONCELOS & CIA. LTDA. (LOJAS MAIA – MAGAZINE LUÍZA LTDA.), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$106.320,17, acrescido da multa 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS