

A. I. Nº - 269191.0016/08-1
AUTUADO - CLAUDINO S/A LOJAS DE DEPARTAMENTOS
AUTUANTES - ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES e LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - IFEPE SUL
INTERNET - 21.08.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0254-04/09

EMENTA: ICMS. 1. SAÍDAS INTERNAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS A TÍTULO DE DEMONSTRAÇÃO, DESTINADAS A ESTABELECIMENTO NÃO INSCRITO NO CADASTRO ESTADUAL PERTENCENTE AO REMETENTE. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADOS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Restou comprovado que se trata de operações de remessa para demonstração, cujo retorno ocorre dentro do mesmo período mensal de apuração e as operações de saídas efetivas foram tributadas regularmente. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Infração não caracterizada. 2. ESTORNO DE DÉBITO. Documentos juntados ao processo provam que as vendas debitadas a título de vendas fora do estabelecimento são também remessas para demonstração cujas saídas ocorreram com destaque do imposto e o débito correspondente escriturados nos livros fiscais próprios. Como os retornos se davam dentro do mesmo período mensal de apuração sem destaque do ICMS, os valores anteriormente debitados foram estornados sem qualquer prejuízo ao erário estadual. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, reclama ICMS no valor de R\$ 1.135.338,78, acrescido da multa de 60%, decorrente de:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, mas regularmente escrituradas. Diz ainda que se trata de operações de saídas internas de mercadorias tributadas, consignadas como demonstração, tendo como destinatário estabelecimento não inscrito do próprio contribuinte. Exercício 2004. Valor R\$ 814.199,15.
2. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto. Trata-se de operações de venda fora do estabelecimento sem autorização. Exercício 2005. Valor R\$ 321.139,63.

O autuado, às fls. 130/163, impugnou o lançamento tributário, inicialmente, narrando os termos da autuação e a fundamentação legal e apresenta discussões acerca das questões formais queixando-se não ser possível ao contribuinte defender-se da acusação que apresenta o fato delituoso com artigos meramente interpretativos e genéricos, não indicando com precisão e clareza a subsunção do fato à norma.

Com relação à infração 01, diz, os dispositivos indicados, que transcreve, pretere o direito de defesa e falta conteúdo processual que possa colocar a acusação fiscal em status de fato jurídico, suscetível de contestação por parte do autuado, sendo impossível precisar a conduta praticada pela autuada, sendo patente a nulidade, nos termos dos artigos 18, 20, 39 e 41, RPAF, que transcreve.

Afirma que o fisco efetuou o lançamento fiscal a partir da análise de notas fiscais de remessa para demonstração sem verificar as operações de retorno dessas mercadorias e sobre o faturamento aos consumidores finais feitas pela filial-mãe da autuada, na cidade de Barreiras, através de

cupom fiscal, quando da obtenção de mercadorias expostas na localidade. Nenhuma mercadoria nessa condição ficou sem a emissão do cupom fiscal ou registro nos livros fiscais. O fisco, mesmo quando comprovado o retorno das mercadorias em demonstração através de notas fiscais, no prazo previsto na legislação, considerou a seu juízo como mercadorias tributáveis. Não procurou verificar a regularidade das operações, pois todo faturamento a consumidor final é feito pela filial de Barreiras com a emissão do documento fiscal. Define que o AFTE não apresentou razões para a autuação e incide no art. 5º, inciso LV, CF/88, o que torna o auto nulo de direito.

Aduz que o argumento fiscal é da inidoneidade das notas REMESSA PARA DEMONSTRAÇÃO, isso inferindo do que diz o artigo 599, RICMS/BA, o que torna também o auto de infração nulo, uma vez que não apresenta qualquer imputação de falsidade. Questiona ainda a multa do art. 42, II, alínea “a”, incidente sobre um valor arbitrado e entende que a omissão de receita pretendida pelo fisco é mera presunção, em discrepância com a LC 87/96 e o RICMS/BA.

No que concerne à infração 02, diz que o fisco não acosta qualquer demonstrativo ou comprovante que possa dar sustentação, novamente infringindo o art. 5º, LV e patente a nulidade do auto de infração.

No mérito, analisa o lançamento e junta um volume superior a 12 mil cópias de notas, cupons fiscais que acobertam as operações questionadas, delineando-as cidade por cidade. Assevera na infração 01 que as notas fiscais indicadas como inidôneas objetivam acobertar operações submetidas à cláusula suspensiva de imposto por se tratarem de demonstração; notas fiscais registradas nos livros fiscais da autuada, cuja tributação fica condicionada a operação futura. Final de cada período, cumprindo o que dispõe a art. 601, RICMS/BA emitia nota fiscal de entrada correspondente a cada nota de remessa para demonstração fazendo a devida vinculação no corpo do documento. Os produtos de interesse dos clientes a partir do mostruário existente, seu faturamento é realizado por meio de pedido enviado à filial da autuada em Barreiras e lá se emite a nota ou cupom fiscal, além da entrega das mercadorias nos domicílios dos clientes.

Apresenta um resumo das remessas, retornos e vendas realizadas que guardam pertinência com a presente exigência fiscal. Assegura que todas as operações se encontram cobertas por documentos fiscais, regularmente registradas em livros próprios, recolhidos os tributos das operações realizadas.

Afirma que existe duplicidade de cobrança e que se trata de arbitramento o que pretende o fisco; que o imposto deve ser graduado à luz da capacidade tributária e sobre o princípio da realidade e não presumindo como quer o fisco baiano. Bastaria fazer um levantamento sobre a documentação do contribuinte para comprovar a correção das operações. Cita ALIOMAR BALEIRO, Súmula 76 do STF sobre arbitramento que o fisco estadual não poderia adotar.

Sobre a infração 02, diz que a operação erroneamente denominada “remessa para venda fora do estabelecimento”, contestada pelo autuante, na realidade se trata de “remessa de mercadorias remetidas para demonstração”, art. 599, RICMS/BA. Apesar do erro, não causou nenhum prejuízo ao erário, porque nas vendas para o consumidor final os impostos foram integralmente recolhidos.

Descreve a forma com operava a empresa. No intuito de fomentar as vendas criou um departamento de vendas externas, vendeu no sistema de catálogo, depois passou a levar seus produtos às praças onde não havia representante, facilitando a exposição dos produtos, operação que, equivocadamente o autuante classificou como “remessa para venda fora do estabelecimento”. Na realidade, tratava-se de demonstração, uma vez que não havia entrega nem faturamento imediato ao consumidor final. Após análise do crédito do comprador, faturamento e toda logística da autuada, as mercadorias eram enviadas acompanhadas dos respectivos documentos fiscais.

Com relação ao procedimento fiscal utilizado pela autuada, informa que as operações “remessas para demonstração”, arts. 599/604, RICMS/BA, também de forma equivocada, foram emitidas com destaque de ICMS, estornado em seguida no Registro de Apuração de ICMS, na coluna crédito do imposto – utilizando-se a expressão “remessa para venda fora do estabelecimento”. Explica ainda que não ocorria a entrega das mercadorias remetidas para demonstração e que ao final eram emitidas notas fiscais de retornos integrais, sem destaque do ICMS.

Apresenta um resumo das remessas, retornos e vendas realizadas que guardam pertinência com a presente exigência fiscal, relativamente à operação questionada nas praças e ruas de diversas cidades do interior do Estado.

Diz ainda que se mantida a autuação o fisco estará perpetrando um enriquecimento sem causa, na medida que os retornos foram feitos sem destaque do ICMS; as saídas efetivas por faturamento eram tributadas normalmente, assim, adotou procedimento esculpido no art. 417, § 2º, II, RICMS/BA para não incorrer em *bis in idem* ao tributar a remessa e as vendas a consumidor final.

Discorre sobre a reserva legal constitucional (art. 5º, II); sobre a atribuição da Lei Complementar (art. 146, III, CF), que afasta a pretensão de fatos geradores ao arreio da norma; cita Hugo de Brito Machado sobre o papel do contencioso administrativo.

Finaliza, solicitando a nulidade do auto de infração e, se vencida, sua improcedência.

Na informação fiscal, fls. 12870/12875, os autuantes afirmam, com relação às razões de nulidade apresentadas pelo autuado no sentido de que esteve impedido de exercer a sua defesa, que a impugnação, no entanto, atesta em contrário; explicou até mesmo os fatos que fundamentam a exigência, inclusive com a produção de demonstrativos. Tentou justificar a infração 02, como resultantes de equívocos administrativos.

Explicam que as operações com mercadorias são sujeitas ao ICMS e a escrituração deve obedecer ao previsto na legislação. No presente caso, não se observa simples equívoco como quer o autuado e sem existência de prejuízo ao erário. Houve, de fato, simulação de operações tributadas como não tributadas. Na infração 01, as operações foram escrituradas como saídas internas para demonstração e na infração 02, remessas para vendas fora do estabelecimento.

Completam que uma operação de demonstração é beneficiada com a suspensão de ICMS, desde que atendam uma série de requisitos legais, conforme artigos 341, V, 605 e 611, RICMS/BA. Diz que a exigência do ICMS ocorre na operação de saída do estabelecimento autuado, uma vez que não se pode aplicar suspensão quando o destinatário é estabelecimento clandestino. No campo destinatário das notas fiscais de saída consta o próprio autuado para um endereço não cadastrado.

Nesse caso, dizem, cabe exigência imediata do ICMS, nos termos dos arts. 117 e 425, I, “e”, RICMS/BA.

Sendo caso de exposição em feira, requer reconhecimento anterior da Secretaria da Fazenda; ocorrendo a transmissão da propriedade, o imposto é exigido. Segundo o autuado, “não vende a mercadoria exposta, retorna a totalidade da mercadoria exposta” não apenas simbolicamente, mas fisicamente. Questiona não ser crível o autuado remeter fisicamente mercadorias em quantidades, típica para formação de estoques e não para mostruário, para estabelecimentos clandestinos, em demonstração com a finalidade de exposição. Ao vender a mercadoria, esta não é entregue, voltando a mercadoria exposta para Barreiras, local de processamento dos pedidos, emissão de notas fiscais e entrega do produto, em nova saída a partir de Barreiras.

Salientam os autuados que ao questionar se o procedimento adotado não faz os clientes desistirem de uma compra para recebimento 8 dias após a compra, os prepostos da empresa explicaram que os clientes compreendiam a situação e aceitavam receber a mercadoria retornada de Barreiras acompanhada do cupom fiscal. Tais operações não são eventuais (feira, festa populares), realizadas, porém, durante todo o ano, em lojas fixas, abertas durante todo o ano e responsáveis também pelo recebimento de parcelas dos crediários, devolução de produtos, serviço de garantia. Dizem que tudo parece estranho, quando bastaria a existência de inscrição estadual nos diversos estabelecimentos da autuada. Questionam os autuantes ainda: porque a emissão de cupom fiscal, documento que dificulta a vinculação da venda a partir do mostruário em outra cidade?

Observam os autuantes que os valores de remessa em demonstração e os retornos são superiores às vendas efetivadas. Dizem não tratar de mostruários, mas composição ou reposição de estoques das lojas de revenda, existindo na realidade transferência para comercialização, operação

tributada. O autuado defende em sua impugnação que as notas fiscais das vendas em suas lojas clandestinas estão inseridas no conjunto de cupons fiscais emitidos no estabelecimento autuado. Dizem que não vêm com segregar tais operações, havendo ainda a possibilidade de vendas em Barreiras para consumidores localizados em outro município. Entendem que o mais adequado seria a utilização de séries distintas de notas fiscais modelos 1 e 1-A.

Concluem que o autuado não atendeu as exigências para as operações de demonstração; as operações realizadas nos estabelecimentos clandestinos, fora de Barreiras, não são decorrentes de simples exposição; as vendas dos estabelecimentos não podem ser suportadas pelos cupons fiscais.

Com relação à infração 02, atestam que não cabe o argumento de equívoco na emissão das notas fiscais de vendas fora do estabelecimento, porque se assim fosse, ocorreria apenas um mês e não durante todo o período fiscalizado. O estorno de débito seria cabível apenas por ocasião do retorno de mercadoria remetida para venda fora do estabelecimento, não na saída por revenda.

Na saída, caberia “débito do imposto”, conforme art. 417, § 2º, II, RICMS/BA, que o contribuinte não fez. O mesmo foi compensado pelo lançamento no Livro de Apuração dos débitos lançados nas notas fiscais de saída para venda fora do estabelecimento. Ocorre que o valor foi anulado pelo crédito do art. 418, V, “a”, RICMS/BA.

Sintetizam que não houve lançamento do imposto nas saídas para venda fora do estabelecimento; não emitiu notas fiscais por ocasião das vendas efetivas, conforme art. 417, § 5º, não escriturou no livro de saída, conforme art. 418, III, RICMS/BA, sendo evidente o prejuízo do Estado, não sendo oferecido à tributação, nem a remessa para venda fora do estabelecimento, a preço de custo; nem as vendas a consumidor final. Portanto, tais operações resultaram saídas não tributadas.

Finalizam afirmando que a alegação de equívocos na emissão de remessas para vendas fora do estabelecimento no lugar de remessas para demonstração não afasta a exigência da infração 02.

Pedem a confirmação do presente auto de infração.

VOTO

Cuida o presente auto de infração de proceder à exigibilidade de ICMS decorrente de 02 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças componentes do presente PAF, farei a seguir as constatações pertinentes. Antes, porém, cabe apreciar as questões de forma trazidas aos autos pelo sujeito passivo.

Reclama o autuado não ser possível defender-se da acusação com artigos meramente interpretativos e genéricos, não indicando com precisão e clareza a subsunção do fato à norma e em preterição ao seu direito de defesa. Assim, patente é a nulidade, nos termos dos artigos 18, 20, 39 e 41, RPAF/BA. Insiste que com relação à infração 02, o fisco não acosta qualquer demonstrativo ou comprovante que a sustente, infringindo o artigo 5º, LV e, novamente, patente a nulidade do auto de infração.

Inexiste no procedimento fiscal qualquer elemento que autorize a nulidade do presente auto de infração, não havendo a alegada impropriedade na sua lavratura ou existência de justa causa por desamparo a qualquer direito do contribuinte. Ademais, o autuado pode exercer com liberdade o direito a ampla defesa e o contraditório, fazendo serem conhecidas todas as suas alegações. Com relação à infração 02, a exigência trata de estorno de débito em desacordo com a legislação e foram juntadas ao processo cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, demonstrativo específico relacionado à infração 02, outros documentos trazidos aos autos fizeram perfeitamente clara a matéria debatida e não dificultou a apresentação de suas razões, o que o fez, inclusive, anexando mais de 12.000 documentos em favor dos seus argumentos. Constatou, portanto, a existência dos elementos fundamentais na constituição do presente lançamento tributário. Ao contrário do que afirma o autuado, os elementos constantes do processo demonstram a motivação da autuação e o pedido não encontra amparo nas hipóteses do art. 18 do RPAF/BA.

Superado o questionamento processual acima, adentremos, pois, no mérito das questões.

Infração 01. Deixou o sujeito passivo de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, embora regularmente escrituradas, tendo em vista a ocorrência de operações de saídas internas de mercadorias tributadas, consignadas como demonstração, tendo como destinatário estabelecimento não inscrito do próprio contribuinte, no exercício de 2004.

O autuado impugnou o levantamento fiscal realizado pelos autuantes, apontando nele diversos equívocos, quando deixaram de acatar as operações de remessa para demonstração, realizadas pelo estabelecimento, consequência da falta de verificação dos respectivos retornos das mercadorias enviadas para demonstração, do faturamento para os consumidores finais que efetivaram aquisições de mercadorias. Neste caso, o documento fiscal correspondente era emitido pela filial-mãe da autuada, na cidade de Barreiras. Explica ainda que ao final de cada mês, emitia nota fiscal de entrada correspondente a cada nota de remessa para demonstração fazendo a devida vinculação no corpo do documento. Os produtos que interessavam aos clientes eram faturados por meio de pedido enviado à filial em Barreiras, onde se emitia nota ou cupom fiscal, além da entrega das mercadorias.

Os autuantes, a seu turno, defendem não ser razoável o autuado remeter fisicamente mercadorias para demonstração, em quantidade que sugere a formação de estoques e que, ao efetivar a venda, a mercadoria não seja entregue, tendo que retornar para Barreiras, processar pedidos, emissão de notas fiscais e, enfim, entrega do produto, em nova saída a partir de Barreiras. Entendem que houve simulação das saídas internas para demonstração, quando, em realidade, se tratava de remessa de vendas fora do estabelecimento, não sendo cabível a suspensão intentada pelo autuado.

Após examinar a diversidade de documentos acostados no presente PAF constatei antes que os Auditores Fiscais cuidaram de elaborar demonstrativo sintético à fl. 11, seguido de demonstrativo, agora analítico, fls. 74/123, discriminando todas as notas fiscais emitidas pelo autuado com natureza da operação REMESSA PARA DEMONSTRAÇÃO – CFOP 5.912. Tais operações foram registradas regularmente no livro de Saída de Mercadorias do autuado, fls. 193/361, no livro de Registro de Apuração do ICMS, em valores exatamente iguais aos que serviram de base de cálculo da exigência contida na inicial.

Observo que, não obstante o desempenho dos Auditores Fiscais, diante de uma logística de negócios pouco convencional, desenhada pelo sujeito passivo, a constituição do crédito tributário surge somente da ocorrência do fato gerador descrito na forma da lei tributária. Os fatos oblíquos, a falta de filiais em outras cidades, a frequência das operações de remessas, a ausência de lógica no retorno das mercadorias para a filial em Barreiras não autorizam, por si só, o lançamento de ofício. Para que o Estado possa exigir o crédito tributário é necessário que ocorra o fato gerador e ainda que o Estado individualize e quantifique o valor a ser pago.

No caso em tela, o contribuinte promoveu remessa para demonstração, em cidades circunvizinhas do município de Barreiras, sede do estabelecimento autuado, nos termos do art. 599, RICMS/BA, prevendo o dispositivo a “suspensão da incidência do ICMS nas saídas internas de mercadorias, bem como nos subsequentes retornos reais ou simbólicos ao estabelecimento de origem, quando enviadas, a título de demonstração, por estabelecimento comercial ou industrial, inclusive com destino a consumidor ou usuário final”.

A princípio, as saídas de materiais destinados à demonstração (com posterior retorno) não passam de simples remessas para exame ou divulgação do bem, não se enquadrando no conceito de operação jurídica ou de mercadorias para fins da composição da regra matriz do ICMS. No entanto, diante da necessidade de estabelecer algum controle na circulação das mercadorias no território nacional, os Estados têm tributado tais operações, mormente quando se tratam de operações interestaduais. Nesse norte, o art. 599, RICMS/BA estabeleceu a suspensão da incidência do ICMS, obedecidos alguns critérios definidos na norma, e apenas para as saídas internas.

O direito, contudo, no caso presente, não assiste aos autuantes. As saídas por eles alcançadas, sob a presunção de que se tratavam da prática de operações tributadas, consideradas como não

tributadas, consignadas como remessas para demonstração, mas que estariam se referindo à remessas para vendas fora do estabelecimento, não se confirmam através dos exames efetuados nos documentos que instruem a presente exação.

Constatou que o sujeito passivo fez juntar aos autos provas de que as saídas em demonstração efetivamente retornam ao estabelecimento, no prazo da legislação regente (Decreto 6.284/97 RICMS/BA – art. 599, § 2º), abaixo transcrita:

§ 2º A suspensão prevista neste artigo é condicionada a que as mercadorias retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 60 dias, contados da data da saída, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo não poderá ser prorrogado.

Ao final de cada período, o autuado emite nota fiscal de entrada em correspondência a cada nota fiscal anterior de remessa para demonstração, colocando no corpo da nota de entrada, retorno de demonstração, o nº da nota fiscal de remessa equivalente. Podemos observar tal procedimento nos documentos a seguir anunciados, todos escriturados regularmente nos livros fiscais próprios:

Remessa para demonstração – Notas fiscais 147 (fl. 705); 365 (fl. 707); 525 (fl. 708); 2021 (fl. 749), 3989 (fl. 2329) com os respectivos retornos constantes nos documentos fiscais abaixo:

Retorno de demonstração – Notas fiscais 270 (fl. 804); 275 (fl. 804); 693 (fl. 812); 2170 (fl. 721); 4239 (fl. 2469).

Além disso, os 12.000 documentos catalogados pelo autuado foram acostados ao processo, organizados por cidades de destino dos produtos alvos das remessas, juntando-se cópias das notas fiscais de remessa, retorno da demonstração, além dos cupons fiscais referente às vendas efetivamente efetuadas. Apresenta ainda o sujeito passivo demonstrativo de fls. 146/153, contendo todas as saídas por remessa para demonstração, retornos respectivos, sem incidência do ICMS, além das vendas efetuadas com a discriminação dos documentos fiscais que lhes deram origem, mês a mês e a cada cidade, onde tenha havido as mencionadas remessas.

Desta forma, resta descaracterizada a exigência de ICMS contida na inicial, uma vez que os valores das saídas do estabelecimento autuado, no período de abril a dezembro 2004, sintetizadas no demonstrativo de fl. 11, capturadas do livro RICMS do contribuinte, cópias anexadas às fls. 45, 29, 23, 12, 50, 56, 68, 62 e 39 com CFOP 5.912, se referem à remessa de mercadorias para demonstração, cujas saídas internas têm suspensão de incidência do ICMS.

Poderiam ser objetos de questionamento as remessas para demonstração feitas para as cidades circunvizinhas da sede do estabelecimento autuado, mas já nos Estados de Goiás e de Tocantins, não alcançadas pela suspensão o art. 599, RICMS. Ocorre que os autuantes não identificaram em seus demonstrativos tal circunstância e ainda porque as saídas interestaduais também retornaram juntamente com as saídas internas, regularmente escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme melhor será discutido quando da análise da infração 02, não persistindo imposto a ser recolhido.

Na infração 02, a exigência decorre do estorno de débito de ICMS lançado na escrita fiscal do sujeito passivo, que os Auditores entendem em desacordo com a legislação, por se tratarem de operações de venda fora do estabelecimento sem autorização.

Novamente, após análise dos vários documentos e demonstrativos acostados ao processo, verifico que os valores arguidos são originados das operações que o sujeito passivo denominou REMESSA PARA VENDA FORA DO ESTABELECIMENTO – CFOP 5.904 e 6.904. Na realidade tais operações ocorreram de forma semelhante com a situação descrita na infração 01 e se referem à mesma remessa para demonstração, cujas saídas são destinadas às cidades do oeste baiano, além das saídas interestaduais para as cidades localizadas nos Estados de Goiás e Tocantins. As citadas saídas ocorriam como remessa para venda fora do estabelecimento, com destaque do ICMS; o retorno se dava dentro do próprio mês da remessa, com natureza da operação retorno de remessa para venda fora do estabelecimento com CFOP 1.904 e 2.904, sem destaque do ICMS.

As remessas e respectivos retornos em questão foram examinados a partir dos documentos trazidos aos autos pelo sujeito passivo, podendo, à guisa de exemplo, citar as operações consubstanciadas nas notas fiscais a seguir, todos escrituradas regularmente nos livros fiscais próprios:

- a) Remessa para venda fora do estabelecimento – Notas fiscais 158 (fl. 11.913); 767 (fl. 11.925); 1928 (fl. 12.000); 3734 (fl. 12.094); 188 (fl. 11.421); 3483 (fl. 11.466); 1905 (fl. 10.658); 3648 (fl. 10.707); 4151 (fl. 10.725); 2893 (fl. 9677) com os respectivos retornos constantes nos documentos fiscais abaixo:
- b) Retorno de remessa para venda fora do estabelecimento – Notas fiscais 130 (fl. 12.117); 526 (fl. 12.129); 2051 (fl. 12.206); 3530 (fl. 12.300); 182 (fl. 11.489); 3549 (fl. 11.565); 2088 (fl. 10.789); 3.666 (fl. 10.838); 4538 (fl. 10.864); 3.106 (fl. 9819).

As notas fiscais das operações de retorno não continham destaque do imposto e, para resolver o imposto indevidamente destacado quando da remessa anterior, lançado nos livros fiscais próprios, o sujeito passivo fazia, no final do mês, lançamento como crédito de imposto, no valor equivalente ao somatório das operações de remessa.

Assim, os valores creditados pelo autuado, efetivamente, faziam referências aos mesmos valores lançados como débito fiscal nos períodos respectivos. Não causou nenhum prejuízo ao erário, uma vez que as operações consideradas como remessa para vendas fora do estabelecimento, foram objeto de retorno nos mesmos valores, relacionadas as mesmas mercadorias e dentro do mesmo mês.

Novamente, à guisa de exemplo, e após detidos exames nos documentos apresentados pelo autuado, constatamos os lançamentos fiscais, a débito e à crédito, no seu livro Registro de Apuração de ICMS onde foram apurados os valores que foram exigidos nesta infração.

- a) Valores debitados no RICMS – março/2004 R\$ 351,92 (fl. 670); abril/2004 R\$ 27.239,05 (fl. 673); maio/2004 R\$ 29.696,71 (fl. 676); junho/2004 R\$ 41.843,71 (fl. 679).
- b) Valores creditados (estorno de débito) no RICMS – março 2004 R\$ 351,92 (fl. 672); abril 2004 R\$ 27.239,05 (fl. 675); maio/2004 R\$ 29.696,71 (fl. 678); junho/2004 R\$ 41.843,71 (fl. 681).

É cediço que o lançamento é procedimento administrativo vinculado que determina a matéria tributável e identifica o sujeito passivo, o montante do crédito, nos termos do art. 142, CTN, é também certo que somente seja efetuado nos exatos termos da lei e sua consecução deve respeitar os critérios da lei, sem margem de discreção dentro do qual o preposto fiscal possa por razões de conveniência ou oportunidade, decidir entre lançar ou não, ou lançar valor maior ou menor, segundo sua avaliação discricionária. O lançamento tributário somente surge da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Surgindo, a constituição do crédito há de ser feita de forma clara, insofismável e legítima.

Posto, isso, também resta descaracterizada a exigência contida na infração 02, uma vez que os estornos procedidos na escrita fiscal do contribuinte encontram lógica na forma como foi montado o seu negócio, sem causar prejuízo ao erário, sem fazer surgir o fato gerador da obrigação tributária. Ainda que alguns procedimentos possam ser combatidos, não existiram conduta capaz de fazer nascer a obrigação tributária e o consequente crédito pelo lançamento.

Ante o exposto, considero improcedentes as exigências de ICMS contidas nas infrações 01 e 02, ante a não ocorrência das situações ensejadoras contidas na inicial do presente auto de infração.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269191.0016/08-1, lavrado contra **CLAUDINO S/A LOJAS DE DEPARTAMENTO**.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR