

A. I. Nº - 281508.0001/14-9
AUTUADO - LOJAS INSINUANTE LTDA.
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAUJO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 25/09/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0210-03/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. REMESSA DE BENS PARA EXPOSIÇÃO EM FEIRAS SEM O RESPECTIVO RETORNO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O autuado não logrou êxito em comprovar ter dado cumprimento a obrigação tributária de realizar no prazo máximo de 60 dias, o retorno das mercadorias encaminhadas para exposição em feira, ao estabelecimento de origem. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Indeferido pedido de diligência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 25/03/2014, exige ICMS no valor de R\$61.240,81, acrescido da multa de 60% pela falta de recolhimento do imposto em decorrência de remessas internas de bens para demonstração sem o devido retorno.

O autuado ingressa com defesa tempestivamente, fls.36/44, faz uma síntese da infração que lhe foi imputada. Argui a necessidade de apreciar a preliminar de nulidade do lançamento de ofício, com base no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA), em seu art. 18, IV, alínea “a”, que estabelece que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Ressalta que eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do auto de infração, entretanto, para que isto ocorra, deve ser possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Frisa que o auto de infração em exame não atinge sua finalidade, porque eivado de vícios e inconsistências, uma vez que não permite identificar a natureza da infração, não podendo por isto, ser arguida a exceção prevista no § 2º do mesmo artigo do citado dispositivo legal. Diz que a empresa impugnante foi autuada acerca de infrações que não foram cometidas, pelo que, não há que se falar nas penalidades e multas indicadas no auto de infração impugnado. Transcreve o enquadramento legal utilizado pelo autuante, art. 599, §§ 2º e 3º do RICMS/BA.

Sustenta que a Fiscalização equivocou-se no enquadramento da infração imputada, dificultando o exercício de ampla defesa e o seu direito ao contraditório, o que macula de nulidade o auto ora impugnado. Sobre a matéria transcreve solução atribuída pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no Auto de Infração nº 110427.0012/05, conforme trecho do Acórdão CJF Nº 0255-11/08.

Observa que o vício ora indicado, qual seja, o erro na tipificação da infração, pode e deve ser conhecido de ofício pela Junta de Julgamento, por se tratar de questão de ordem pública, conforme destacado no Acórdão CJF Nº 0255-11/08. Requer a decretação da nulidade do auto de infração pela autoridade competente, pelos argumentos, fatos e provas apresentadas.

Quanto ao mérito, diz que por cautela, na hipótese de não ser acolhida a nulidade do presente auto de infração impugna os demonstrativos, planilhas e valores lá apontados, com base no

princípio da eventualidade, contestando o mérito com os argumentos que se seguem.

Aduz que lhe foram imputadas infrações atinentes ao não recolhimento do ICMS referente à mercadorias enviadas para exposição ou feira, que não retornaram ao estabelecimento. Diz que se trata de infração descrita no art. 605 do RICMS/BA, e considerando que este seria o dispositivo correto a ser indicado como supostamente violado pela Autuada, passa a demonstrar os equívocos da autuação.

Transcreve o art. 605 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que prevê a hipótese de suspensão da incidência do imposto, diante da hipótese de remessa interna para simples exposição ao público em Feira de Amostra. Sustenta que este dispositivo, entretanto, impõe condições para que haja a suspensão da incidência do gravame, conforme os §§ 1º e 2º do citado dispositivo.

Menciona que analisando o enunciado do dispositivo supracitado, para que se aplique a suspensão é necessário que a mercadoria retorne ao estabelecimento de origem. Explica que é uma previsão normativa que busca evitar que o imposto não seja recolhido nestas situações específicas, nas quais a mercadoria enviada para exposição em feira de amostra pode ser ou não comercializada fora deste estabelecimento, não retornando à sua origem, e deixando de ser tributada com a efetiva ocorrência do fato gerador, qual seja, quando de sua saída do estabelecimento.

Afirma que quando uma mercadoria é encaminhada para exposição em feira, ela sempre deve retornar ao seu estabelecimento de origem. Este retorno poderá ser real, quando de fato as mercadorias forem encaminhadas tão somente para amostra, ou simbólico, quando se tratar de mercadoria que foi encaminhada para feira de amostra, porém foi comercializada, de modo a ensejar a incidência do tributo. Neste caso específico, será emitida uma nota fiscal de retorno fictício ao estabelecimento, e uma nota de efetiva saída da mercadoria do estabelecimento em decorrência de uma transação mercantil, hipótese na qual se vislumbra a incidência do ICMS.

Assegura que a empresa, portanto, tem um prazo máximo de 60 dias para que estas mercadorias encaminhadas para exposição em feira retornem ao estabelecimento de origem, sob pena de serem tributadas, haja vista que diante da ausência de retorno, seja real ou simbólico, subentende-se que as mercadorias foram comercializadas, de modo que a saída do estabelecimento, que antes tinha por finalidade tão somente a exposição em feira de amostra, transformou-se em uma saída jurídica, decorrente de uma operação mercantil, passível, portanto de tributação pelo ICMS.

Alega que no caso *in examine*, o fiscal autuante lavrou o auto de infração de forma completamente arbitrária, concluindo pelo não retorno das mercadorias encaminhadas para exposição em feira de amostra, sem ao menos verificar se de fato, as mercadorias retornaram, e elaborando planilhas com notas das mercadorias enviadas sem qualquer critério plausível. Sustenta que uma análise um pouco mais apurada revelaria que nenhuma das mercadorias apontadas pela Fiscalização deixou de retornar no prazo de 60 dias estipulado na legislação. Como forma de comprovar suas alegações, junta planilha relacionando todas as notas fiscais indicadas pela Fiscalização com sua respectiva nota fiscal de retorno anexando cópias das mesmas, documentos estes, que elucidam os fatos e atestam não apenas que as mercadorias retornaram ao estabelecimento de origem, como este fato ocorreu em prazo muito inferior aos 60 dias previstos na lei.

Cita como exemplo a nota fiscal 8042, emitida em 25/09/2010, que diz referir-se a mercadorias com saída também em 25/09/2010 - produtos que identifica. Afirma que estes produtos retornaram ao estabelecimento de origem no dia 30/09/2010, ou seja, 05 dias após a saída do estabelecimento, conforme comprova a nota fiscal 8100, também em anexo.

Assevera que a legislação determina que a nota fiscal de retorno da mercadoria deve ser emitida em até 60 dias após sua saída do estabelecimento de origem, seja referente a um retorno real ou

simbólico. E, em consonância com a legislação, a empresa autuada registrou a entrada das mercadorias encaminhadas para exposição em feira de amostra, sobretudo, porque as mercadorias retornaram ao estabelecimento de origem 05 dias após a saída.

Salienta que o próprio art. 605 do RICMS/BA, especificamente no parágrafo 3º, trata das hipóteses de encerramento da suspensão da incidência do gravame abordada no caput, conforme transcreve.

Afirma que a situação objeto da autuação, em verdade, está enquadrada no inciso I, do parágrafo 3º do art. 605 do RICMS/BA, uma vez comprovado, através das notas fiscais ora anexadas, bem como da planilha elaborada que enumera de forma detalhada cada nota fiscal de saída e sua respectiva nota fiscal de retorno, portanto as mercadorias retornaram ao estabelecimento de origem, não havendo que se falar em qualquer infração cometida pela empresa autuada.

Diz que impugna o auto de infração, haja vista que contraria por completo o Sistema Tributário Nacional e o próprio RICMS/BA, utilizado como fundamento pela Fiscalização quando da sua lavratura. Registra que por cautela, na remota hipótese de não serem acolhidas as preliminares de nulidade ou as matérias de mérito anteriormente suscitadas, invoca o art. 145 do RPAF/99, para solicitação de diligência fiscal.

Diz que os fatos revelados na peça de defesa são suficientes para que o julgador do CONSEF, e mesmo o fiscal autuante, concorde com a necessidade de revisão do auto ora impugnado.

Requer diligência fiscal para que seja nomeado o fiscal diligente para revisão das remessas internas de mercadorias ocorridas em 25/09/2010 e 28/09/2010, destinadas à exposição em feira de amostragem, e que foram objeto da autuação, requerendo, portanto, seja refeita a ação fiscal a fim de comprovar os argumentos da Autuada. Pleiteia a improcedência da autuação.

O Autuante em informação fiscal fls.98/102, diz que o auto em epígrafe resultou da fiscalização das operações comerciais do contribuinte, relativas aos exercícios de 2009 e 2010, tendo sido constatada infração à legislação do ICMS, conforme descrita no auto de infração.

Afirma que a operação nos moldes realizada contraria os artigos 124, 605 e 606, todos do Decreto 6.284/97. Afirma que consta ainda, do auto de infração, em descrição feita automaticamente pelo sistema corporativo da SEFAZ, que o contribuinte “Deixou de recolher ICMS em decorrência de remessa interna de bens para demonstração, sem o devido retorno” sendo citados como infringidos os artigos 50, 56, 124, 341 e 599, todos do RICMS/97.

Sintetiza argumentos defensivos. Menciona que as alegações do contribuinte têm caráter meramente protelatório e tendente a levar os julgadores a erro, inclusive ao elaborar demonstrativo com suposto retorno das mercadorias, como diz demonstrar.

Sustenta que os supostos vícios de forma cometidos pelo autuante não existem, posto que a infração está corretamente descrita, bem como, o respectivo enquadramento legal. Diz o contribuinte que o autuante faz referência ao artigo 599 do Decreto 6.284/97 e que este trata de situação diversa. Na verdade, o contribuinte faz apenas uma transcrição parcial do que consta do auto de infração, pois ao descrever a infração, o autuante faz referência a outros artigos do RICMS/BA.

Assevera que o autuado se omitiu na transcrição de parte da autuação: “Não fez o recolhimento do ICMS, de mercadorias enviadas para exposição ou feira, que não retornaram ao estabelecimento. As mercadorias que não retornaram ao estabelecimento e as respectivas notas fiscais de envio, constam de demonstrativo em planilha Excel, anexada a este auto de infração, somando a importância de R\$ 387.303,89. A operação nos moldes realizada, contraria os artigos 124, 605 e 606, todos do RICMS/BA”.

Aduz que ainda que houvesse a citação de dispositivo regulamentar diverso, não motivaria a nulidade, consoante dispõe o art. 19, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal/99.

Afirma que com relação à questão meritória, a defesa assevera que lhe foi imputada suposta infração, e, em seguida discorre sobre os artigos 605 e 606 do RICMS/97, tecendo comentários acerca da suspensão do ICMS.

Aduz que a relação juntada pela defendente serve apenas para atestar a sua má fé processual, na vã tentativa de levar os julgadores a erro, pois efetivamente, nenhuma das mercadorias objeto da ação fiscal - cujo auto de infração, na sua elaboração observou todos os requisitos legais previstos na legislação aplicada à matéria - retornou ao estabelecimento no prazo previsto no artigo 605 do Decreto 6.284/97.

Assevera que de acordo com o livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de setembro de 2010, o contribuinte autuado, registrou remessa de mercadorias para exposição ou feira, através do CFOP 5914, no montante de R\$ 438.671,55, sendo que, no mês de outubro de 2010, retornou ao estabelecimento sob o CFOP 1914, mercadorias no montante de R\$ 51.367,66. Os livros de apuração do ICMS dos meses de novembro e de dezembro de 2010, não registram a entrada no estabelecimento de nenhuma mercadoria sob o CFOP 1914. Logo, só constou do auto de infração, as mercadorias que não retornaram ao estabelecimento (R\$387.303,89), cuja base de cálculo adotada pelo autuante, foi de R\$ 360.240,05, em razão da previsão regulamentar da redução de base de cálculo de algumas mercadorias ali listadas.

Registra que as planilhas juntadas pelo contribuinte às folhas 50/53, atestam, de modo definitivo, o acerto da ação fiscal, vez que, embora as notas fiscais ali relacionadas constem como emitidas no dia 29.09.2010, de acordo com informação do próprio contribuinte, expressa nas referidas planilhas, a data da entrada no estabelecimento foi o dia 01/01/2011. Portanto, as mercadorias só deram entrada no estabelecimento, após o prazo regulamentar de 60 dias.

Frisa que de acordo com o artigo 113, do RICMS/97, a apuração do ICMS é feita mensalmente, de acordo com as operações de entradas e de saídas de mercadorias do estabelecimento, de maneira que apenas a emissão da nota fiscal, não configura entrada ou saída de mercadoria no estabelecimento.

Conclui que diante da documentação encartada no PAF, está cabalmente demonstrada a infração cometida pelo contribuinte, de modo que o auto de infração deve ser julgado procedente, pois lavrado na estrita observância da legislação do ICMS.

VOTO

Verifico da análise dos elementos constantes dos autos, que em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 39 do RPAF/99.

O autuado arguiu que a Fiscalização equivocou-se no enquadramento da infração imputada, dificultando o exercício de ampla defesa e o seu direito ao contraditório, o que macula de nulidade o auto impugnado.

Analisando os autos, vejo que o autuante descreve a infração da seguinte forma: “Não fez o recolhimento do ICMS, de mercadorias enviadas para exposição ou feira, que não retornaram ao estabelecimento. As mercadorias que não retornaram ao estabelecimento e as respectivas notas fiscais de envio, constam de demonstrativo em planilha Excel, anexada a este auto de infração, somando a importância de R\$ 387.303,89. A operação nos moldes realizada, contraria os artigos 124, 605 e 606, todos do RICMS/97”. Constato, portanto, que o autuante enquadrou o tipo legal da irregularidade invocando diversos artigos do regulamento, inclusive aqueles apontado pelo autuado.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: não houve falta de motivação, na medida em que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; a descrição dos fatos, além de ter sido feita de forma ampla nas próprias folhas do Auto de Infração, conforme pode ser verificado, indicou e detalhou os dados e cálculos nas planilhas que compõem o lançamento fiscal, apontando as razões que o autuante chegou para determinar o descumprimento da obrigação principal.

Registro que ainda que houvesse erro na indicação de dispositivos regulamentares, o que no presente caso não foi constatado, não implicaria nulidade da autuação fiscal, conforme dispõe o art. 19 do RPAF/99, visto que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. O autuado entendeu a irregularidade que lhe foi imputada e se defendeu citando dados do levantamento fiscal, inclusive elaborando demonstrativo constando cada nota fiscal arrolada pelo autuante na planilha fls.7/12.

Rejeito dessa forma, a nulidade suscitada, visto que inexistente no PAF qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Da análise dos elementos que instruem o PAF, vejo que não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico. Não acolho o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, visto que o sujeito passivo recebeu cópias dos demonstrativos que fundamentaram a autuação, em decorrência deste fato trouxe aos autos elementos cujas análises puderam ser apreciadas na constância da instrução do processo. Por outro lado, existem nos autos os elementos necessários ao convencimento dos julgadores para a decisão a respeito da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência e perícia, com fulcro no art. 147, I e II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No mérito, a autuada foi acusada de efetuar remessas internas de bens para demonstração com suspensão do ICMS, sem o devido retorno no prazo regulamentar.

Sobre a matéria assim dispõe o art. 605 do RICMS/97, *in verbis*:

Art. 605.

§ 1º Nas remessas de que cuida este artigo, será emitida Nota Fiscal, sem destaque do ICMS, em nome do próprio emitente, atribuindo-se às mercadorias o preço estipulado no inciso III do art. 56.

§ 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.

O autuado argumentou que uma análise um pouco mais apurada dos fatos, revelaria que nenhuma das mercadorias apontadas pela Fiscalização deixou de retornar no prazo de 60 dias estipulado na legislação. Juntou planilha relacionando todas as notas fiscais indicadas no levantamento do autuante com sua respectiva nota fiscal de retorno, anexando cópias das mesmas, que disse confirmar a regularidade da operação, fls.50/53 e cópias das notas fiscais – fls.54/93.

Compulsando os autos, vejo que o autuado estabelecido na cidade de Feira de Santana, remeteu diversas mercadorias: eletrodomésticos, móveis, televisores, equipamentos de som etc., com destino à sua filial na cidade de São Sebastião do Passé, no estado da Bahia, emitindo notas fiscais cuja natureza da operação descreveu como “remessa para exposição em feiras”.

Observo que o autuante na informação fiscal esclareceu que no curso da ação fiscalizatória constatou que de acordo com o livro Registro de Apuração do ICMS, cópia fls.13/21, no mês de setembro de 2010, o autuado registrou remessa de mercadorias para exposição ou feira, através do

CFOP 5914, no montante de R\$ 438.671,55, sendo que, no mês de outubro de 2010, retornou ao estabelecimento sob o CFOP 1914, mercadorias no montante de R\$ 51.367,66. Os livros de apuração do ICMS dos meses de novembro e de dezembro de 2010, não registram a entrada no estabelecimento de nenhuma mercadoria sob o CFOP 1914. Portanto, disse que só constou do auto de infração, as mercadorias que não retornaram ao estabelecimento (R\$387.303,89), cuja base de cálculo adotada foi de R\$360.240,05, em razão da previsão regulamentar da redução de base de cálculo de algumas mercadorias ali listadas.

Conforme planilhas juntadas pelo contribuinte às folhas 50/53, constato que embora as notas fiscais ali relacionadas constem como emitidas no dia 29.09.2010, de acordo com informação do próprio contribuinte, expressa nas referidas planilhas, a entrada no estabelecimento foi o dia 01/01/2011. Portanto, as mercadorias só retornaram ao estabelecimento, após o prazo regulamentar de 60 dias.

O procedimento para a regularização destas operações, quando as mercadorias retornam ao estabelecimento de origem, está preconizado no art.607 do RICMS/97, que para melhor esclarecimento, transcrevo a seguir:

Art. 607. No retorno de mercadoria remetida para exposição ou feira nos termos do art. 605, dentro do prazo de 60 dias, contado da data da remessa, o contribuinte deverá:

I - emitir Nota Fiscal (entrada), mencionando o número de ordem, a série, a data da emissão e o valor da Nota Fiscal de remessa, devendo ambos os documentos acompanhar a mercadoria no retorno;

II - lançar a Nota Fiscal emitida na forma do inciso anterior no Registro de Entradas, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações sem Crédito do Imposto"; (grifo nosso)

III - arquivar, juntas, a Nota Fiscal (entrada) emitida nos termos do inciso I e a Nota Fiscal de remessa.

Parágrafo único. No caso de retorno de mercadoria, tendo ocorrido a hipótese de que trata o art. 606, a Nota Fiscal emitida para documentar a entrada, na forma do inciso I, será lançada no Registro de Entradas, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", quando for o caso.

Da leitura do dispositivo acima transcrito, constata-se que o autuado não procedeu conforme determinação regulamentar, pois deixou de atender ao prescrito no inciso II do art. 607 do RICMS/97.

Concordo com o entendimento do autuante, de que o autuado não logrou êxito em provar o retorno das citadas mercadorias no prazo regulamentar. Conforme regra do artigo 113, do RICMS/97, a apuração do ICMS é feita mensalmente, de acordo com as operações de entradas e de saídas de mercadorias do estabelecimento, de maneira que apenas a emissão da nota fiscal, não configura a comprovação de efetivo retorno das mesmas ao estabelecimento autuado. Ademais, ao contrário da determinação normativa que o obriga ao registro da nota fiscal de retorno no livro Registro de Entradas, o próprio autuado registra em planilha anexada a sua impugnação, que a “entrada” ocorreu em 01.01.2011, portanto, mais de 90 (noventa) dias da data da respectiva saída.

Concluo que com base nos elementos constantes deste processo, não existe prova de que o autuado, diante da documentação encartada no PAF, tenha dado cumprimento a obrigação tributária em realizar no prazo máximo de 60 dias o retorno das mercadorias encaminhadas para exposição em feira ao estabelecimento de origem, haja vista que diante da falta de comprovação de retorno, seja real ou simbólico, subentende-se que as mercadorias foram comercializadas, de

modo que a saída do estabelecimento, que antes tinha por finalidade tão somente a exposição em feira de amostra, transformou-se em uma operação mercantil, passível de tributação pelo ICMS.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 281508.0001/14-9**, lavrado contra **LOJAS INSINUANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.240,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR