

A. I. Nº - 232278.0018/14-2
AUTUADO - PRATIGI ALIMENTOS S.A.
AUTUANTE - OSMÁRIO MENDONÇA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 29.09.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0155-01/15

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. A incidência do ICMS fica suspensa nas saídas internas de mercadorias remetidas para demonstração, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, consoante estabelece o art. 280, IV, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12. Apenas no caso de não haver o retorno das mercadorias ao estabelecimento de origem no prazo de 60 dias, contado a partir da data de saída, conforme previsto no §7º do mesmo art. 280 do RICMS/BA/12, será exigido o imposto a partir da data da saída efetuada com suspensão, ficando o recolhimento inclusive sujeito aos acréscimos moratórios. Indevida a exigência do imposto, no presente caso, haja vista que ainda não caracterizado qualquer ato infracional passível de autuação. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado no trânsito de mercadorias em 21/02/2014, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$10.802,08, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: “Operação com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas”. Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que o autuado deixou de proceder a retenção do ICMS da operação própria e da substituição tributária, conforme Protocolo nº 26/04, DANFE nº 9413.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 34 a 39) esclarecendo, inicialmente, que se dedica a fabricação de diversos tipos de rações destinadas à nutrição animal, comercializando seus produtos com diversos clientes no próprio Estado da Bahia e também em outros Estados da Federação.

Sustenta que a autuação é improcedente. Observa que a exigência fiscal decorre exclusivamente da operação materializada na Nota Fiscal nº 9413, sendo referente a rações KLUB SIEGER e GAME DOG de sua fabricação que foram remetidas para a empresa K9 Produtos Veterinários Ltda., estabelecida em Lauro de Freitas.

Salienta que, por se tratar de prospecção de uma linha específica de ração para cães, enviou as mercadorias a título de demonstração para atingir seu “nicho” de clientes. Alega que este procedimento encontra respaldo no art. 280, inciso IV, do Decreto nº 13.870/2012, cuja redação transcreve.

Afirma que, conforme se verifica na Nota Fiscal nº 9413 (Doc. 02), a operação objeto da autuação diz respeito à remessa de produtos para demonstração, indicadas com CFOP nº 5912, cuja incidência do imposto é suspensa por força do que dispõe o Regulamento do ICMS/BA. Observa que nas embalagens das mercadorias remetidas para demonstração há o registro de que, “PROIBIDA A REVENDA EM LOJAS E VAREJOS” (Doc. 03).

Assevera que, desse modo, não pode prosperar a acusação fiscal de que houve saída de mercadoria sujeita a incidência do ICMS tida por não tributada. Consigna que, eventualmente, poderia se cogitar a aplicação de multa por descumprimento de formalidade, em razão de não ter sido indicado no campo de informações complementares o dispositivo legal que respaldou a operação, porém, jamais se poderia cogitar de cobrança do ICMS, como pretende a Fiscalização.

Afirma que o Parecer DITRI nº. 03302/2009, apesar de emitido sob a égide do Regulamento ICMS/BA de 1997, elucida de forma clara os procedimentos que devem ser observados na remessa de mercadorias para demonstração, ou seja: “(...) nas remessas para demonstração, será emitida Nota Fiscal, sem destaque do imposto, atribuindo-se às mercadorias o preço estipulado no inciso III do art. 56. Esta nota será lançada no Registro de Saídas do Consulente, mediante utilização, apenas, das colunas "Documento Fiscal" e "Observações", anotando-se nesta a expressão: "Emitida nos termos do art. 600 do RICMS-BA/97".”

Alega que, assim sendo, apenas com a efetiva alienação das mercadorias enviadas para demonstração é que se poderia falar em emissão de Nota Fiscal e pagamento do ICMS devido, indicando os dados da nota fiscal emitida por ocasião da remessa.

Assevera que não pode a Fiscalização de trânsito, desconsiderar o CFOP de demonstração expressamente utilizado na nota fiscal, sem apresentar as razões, de forma fundamentada no lançamento, para considerá-la inidônea, requisito não cumprido no caso em tela.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 52) na qual contesta a alegação defensiva. Afirma que a norma invocada pelo autuado, no caso o art. 280 RICMS/BA/12, deve refletir a natureza da operação de acordo com a lógica e alcance que lhe são inerentes. Ou seja, a possibilidade de que a mercadoria após ser experimentada ou demonstrada esteja em condições de retornar, sendo este objetivo inalcançável, haja vista que a ração pet é do tipo definido no art. 86 da Lei nº 10.470/2012, isto é: *São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.*

Manifesta o entendimento de que o campo de aplicação do art. 280 do RICMS/BA/12 é o dos bens duráveis cuja experimentação ou uso não resulta no seu desaparecimento ou consumo imediato, como se verifica nos veículos, máquinas ou equipamentos.

Salienta que, nesse contexto, é óbvio que a simples observação de que a revenda é proibida não pode levar à conclusão de que não serão promovidas saídas subsequentes, mesmo porque a finalidade da remessa é, segundo o autuado, atingir o nicho de clientes que necessariamente experimentem, a título de cortesia do fabricante, a mercadoria e, assim, seja formada uma carteira de clientes criadores de cães.

Conclui que não se trata de remessa de amostras gratuitas de mercadorias reguladas no Convênio ICMS 29/90, mas sim de saída de mercadoria sujeita ao regime da substituição tributária, haja vista que o destinatário K9 Produtos Veterinários, exerce atividade comercial é, ainda que a título gratuito, seu ponto de distribuição ao consumidor.

Finaliza a peça informativa mantendo a autuação.

VOTO

O Auto de Infração em exame foi lavrado no trânsito de mercadorias. A imputação é de que o autuado realizou “Operação com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas”. Segundo a acusação fiscal o autuado deixou de proceder à retenção [destaque] do ICMS da operação própria, assim como do ICMS referente à substituição tributária, conforme Protocolo nº 26/04. A exigência fiscal diz respeito apenas à Nota Fiscal nº 9413, cujas mercadorias discriminadas são rações pet.

A Fiscalização fundamentou a autuação sob o entendimento de que, o campo de aplicação do art. 280 do RICMS/BA/12 é o dos bens duráveis, cuja experimentação ou uso não resulta no seu desaparecimento ou consumo imediato, como se verifica nos veículos, máquinas ou equipamentos, portanto, não alcançando a razão pet remetida pelo autuado, haja vista que não serão promovidas saídas subsequentes, pois a finalidade da remessa, segundo o autuado, é atingir o nicho de clientes que necessariamente experimentem, a título de cortesia do fabricante, a mercadoria e, assim, formada uma carteira de clientes criadores de cães.

O autuado discorda do entendimento da Fiscalização. Alega que enviou as mercadorias a título de demonstração com respaldo no art. 280, inciso IV, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.870/2012. Diz que a na Nota Fiscal nº 9413 se refere à remessa de produtos para demonstração, indicada com CFOP nº 5912, cuja incidência do imposto é suspensa.

Afirma que apenas com a efetiva alienação das mercadorias enviadas para demonstração é que se poderia falar em emissão de Nota Fiscal e pagamento do ICMS devido, indicando os dados da nota fiscal emitida por ocasião da remessa.

A análise dos elementos que compõem o presente processo permite constatar que, de fato, assiste razão ao autuado.

Isso porque, inexistente no RICMS/BA/12, especialmente no seu Capítulo X - que trata da suspensão da incidência do ICMS – a restrição aduzida pela Fiscalização de aplicabilidade das disposições do art. 280, apenas para os bens duráveis, *cuja experimentação ou uso não resulta no seu desaparecimento ou consumo imediato, a exemplo de veículos, máquinas ou equipamentos*.

Na realidade, o acima referido dispositivo regulamentar dispõe que a suspensão da incidência do ICMS ocorre - entre outras hipóteses previstas nos seus incisos - nas saídas internas de mercadorias remetidas para demonstração, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos.

Assim estabelece o art. 280, IV, do RICMS/BA/12 :

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

(...)

IV - nas saídas internas de mercadorias remetidas para demonstração, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos;

Vale observar que a suspensão da incidência do imposto ocorre sempre que o surgimento do fato gerador fique condicionado a evento futuro e incerto, sendo elemento indispensável à sua aplicabilidade que haja o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem, em prazo fixado pela legislação, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade.

Ressalta-se que, somente no caso de não haver o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem no prazo estabelecido no RICMS/BA/12 – no caso de remessa em demonstração de que cuida a presente autuação o prazo é de 60 dias, contado a partir da data de saída, conforme previsto no §7º do mesmo art. 280 do RICMS/BA/12 – será exigido o imposto a partir da data da saída efetuada com suspensão, ficando o recolhimento inclusive sujeito aos acréscimos moratórios.

Art. 280 (...)

(...)

§ 7º Tratando-se da suspensão prevista nos incisos II, III e IV do caput deste artigo, as mercadorias deverão retornar ao estabelecimento de origem, no prazo máximo de sessenta dias, contado da data da saída, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade.

No presente caso, verifica-se na Nota Fiscal-e (DANFE) 09413 que o emitente e o destinatário estão estabelecidos no Estado da Bahia, tratando-se, pois, de uma operação interna. A natureza da operação consignada no referido documento fiscal é “REMESSA DEMONSTRAÇÃO”, CFOP 5912. Não houve destaque do ICMS. As mercadorias discriminadas no documento fiscal têm o código NCM 23099090, sendo rações pet. A data de saída constante na citada Nota Fiscal foi 19/02/2014. A ação

fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias, Posto Fiscal Honorato Viana. O Termo de Ocorrência Fiscal foi lavrado em 20/02/2014 e o Auto de Infração em 21/02/2014.

Ora, em face do que foi dito linhas acima quanto à inexistência de qualquer restrição no RICMS/BA/12 para remessa em demonstração de mercadorias, por certo que a exigência do imposto somente será admissível, no presente caso, se a mercadoria não retornar no prazo de 60 dias ou, se houver a transmissão da propriedade, jamais no trânsito de mercadorias, conforme ocorreu, pois ainda não caracterizado qualquer ato infracional passível de autuação.

Diante do exposto, a autuação é insubsistente.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232278.0018/14-2**, lavrado contra **PRATIGI ALIMENTOS S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR