

PROCESSO - A. I. Nº 217688.0402/11-0
RECORRENTE- IANSÃ COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0182-04/12
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/07/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0111-11/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO ANTES DA ENTRADA NO TERRITÓRIO DA BAHIA. Comprovado em diligência fiscal a realização de operações sob aparência de comodato, resta afastada a exigência da antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização, por contribuinte não credenciado nos termos dos §§ 7º e 8º do art. 125 do RICMS-BA. Infração elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$114.280,54, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado. Multa: 60%.

No julgamento de primeira instância, a preliminar de nulidade foi afastada pelos Ilustres Julgadores da 4ª JJF em razão do seguinte:

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, argumentando que recebeu apenas cópia do Termo de Ocorrência Fiscal fornecido pela transportadora e que qualquer decisão proferida que leve em consideração a suposta diligência fiscal “in loco” deve ser considerada nula.

Pois bem, apreciemos esses pedidos.

Visto que, conforme atesta o próprio Impugnante, posteriormente, o autuado foi regularmente intimado para ciência da lavratura do Auto de Infração mediante entrega de cópia deste, bem como dos demonstrativos que o suportam, inclusive do demonstrativo de fl. 06, como atesta sua assinatura, e que o autuado apresentou nova defesa no prazo reaberto, não mais há falar em nulidade como alegada por falta de relugar intimação para ciência do lançamento tributário de ofício.

Considerando que a diligência fiscal contestada foi efetuada na fase procedural desse PAF, portanto, antes da lavratura do Auto de Infração, em que é presidida pelo princípio da inquisitoriedade que concede à autoridade tributária liberdade e dever de investigar em sua tarefa de fiscalização e apuração dos eventos de interesse do Fisco, inclusive empreendendo diligências prescindindo de participação do contribuinte, já que esta só é obrigatória na fase processual do lançamento tributário, não tem suporte legal a nulidade suscitada por falta de acesso às provas obtidas pelo autuante por parte do contribuinte na fase procedural, visto que delas tomou pleno conhecimento, inclusive às contraditando no curso deste processo.

No mérito, os Ilustres Julgadores da 4ª JJF, de forma não unânime, concluíram pela Procedência da autuação fiscal com base na seguinte fundamentação:

Examinando o PAF, vejo que os elementos existentes nos autos determinam, com segurança, a infração e o montante devido. A infração de falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial sobre mercadorias destinadas à comercialização, como demonstrada à fl. 6 e relativa aos DANFE's de fls. 10 a 27 é clara e precisa. A multa indicada no lançamento, no percentual de 60%, proposta no caso é a prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. A base de cálculo, no valor de R\$ 672.238,49, está demonstrada na planilha de fl. 2, e sobre essa base de cálculo foi aplicada a alíquota de 17%.

O Auto de Infração exige ICMS por falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, no valor de R\$ 114.280,54, incidente sobre as mercadorias (móveis e objetos de decoração) procedentes da empresa Euromobile Interiores S.A, situada em Sorocaba-SP, transportadas pela Trans Misan Transportes Rodoviário Ltda, acobertadas pelos DANFE's 6663, 6640, 6677, 6694, 6708, 6709, 6690, 6692, 6675, 6689, 6688, 6687, 6705, 6617, 6702 e 6615, apurando-se o imposto lançado à alíquota interna de 17%.

Não vislumbro obscuridades, omissões ou lacunas que ensejam a necessidade de esclarecimento. Portanto, com base no art. 147, I e II, do RPAF, indefiro o pedido de diligência, porque, além de considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, o pedido é destinado a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal em elementos que, se existirem, estão na posse do requerente e poderiam ser provados nos autos no exercício do contraditório, em especial, por ocasião da defesa, como prevê o art. 123 do RPAF. Ademais, entendo que uma diligência para esse caso traria inócuo resultado, uma vez que os móveis e objetos de decoração, produzidos em série, não possuem identificação personalizada que os individualize, de modo que é praticamente impossível saber que alguns deles eventualmente devolvidos ou estejam ainda na loja, correspondam exatamente a esses que são objetos da autuação, tendo em vista o recebimento rotineiro e em quantidade dessas mesmas mercadorias.

O autuado afirma que nas operações listadas na autuação não há incidência de ICMS, pois os produtos eram remetidos sob o regime de comodato, conforme contrato firmado com o remetente antes da autuação. Diz que presta serviço de intermediação em vendas realizadas pela Euromobile Interiores S.A. Acosta ao processo cópia de contrato de comodato e de notas fiscais de retorno de mercadorias.

Analizando os autos, vejo que a alegação defensiva não se sustenta pelas seguintes razões:

A uma, porque ao tratar das hipóteses de não incidência do ICMS, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, no seu artigo 6º, inciso XIV, alínea “a”, prevê a não hâ incidência do imposto estadual apenas na saída *de bem de uso em decorrência de contrato de comodato (emprestimo)*. Dessa forma, fica claro que, para fins do ICMS, o contrato de comodato apenas se opera nas operações com *bens de uso*, aliás, como bem reflete o STF na Súmula nº 573 que o Impugnante transcreveu: “*não constitui fato gerador do ICMS a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato*”(grifos meus). Portanto, mesmo que sendo destinados à exposição em Show Room, os móveis e objetos de decoração não são utilizados como “bens de uso”, mas como demonstração.

A duas, porque, repetidamente, em suas manifestações defensivas, o Impugnante confirma que o objeto da autuação é **mercadoria**, não servindo elas para utilização como “bem de uso” para ser passível de comodato.

A três, porque a atividade econômica principal do autuado é o “Comércio varejista de móveis”, conforme atesta o extrato o comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral do contribuinte junto à Receita Federal (fl. 91), juntado aos autos pelo próprio Impugnante.

A quatro, porque as mercadorias objeto da autuação são típicas mercadorias rotineiramente comercializadas pelo contribuinte autuado, o que corrobora a percepção que os móveis e objetos de decoração dos quais decorre este lançamento são mercadorias destinadas à comercialização pelo autuado.

A cinco, porque se vê tanto no demonstrativo do autuante (fls. 250-258) quanto no apresentado em contraditório pelo Impugnante (fls. 270-275), que as operações se repetem correntemente em todos os meses, sem concentração nos meses das alegadas mostras, como sustenta o Impugnante.

A seis, porque não há nos autos provas documentais da colocação das mercadorias que correntemente recebe de um mesmo fornecedor (Euromobile) em espaços de arquitetos e profissionais, como alega o Impugnante.

Pelo exposto, tendo em vista que a mercadoria objeto da autuação não são nem podem se constituir em *bens de uso* passíveis de não incidência tributária na condição exigida pelo art. 6º, XIV, “a”, do RICMS-BA, não há como prosperar a tese defensiva de que a operação em comento era decorrente de um contrato de comodato, aqui se aplicando, portanto, a disposição do parágrafo único do art. 116 do CTN, para descharacterizar os atos jurídicos sob aparência de comodato praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do ICMS e a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observando-se, nesse caso, os procedimentos estabelecidos na respectiva legislação do imposto, pelo que, em face da disposição contida no art. 19 do RPAF, aplica-se, nesse caso, o art. 209, VI, do RICMS-BA, para considerar inidôneas as NF-e(s) representadas pelos DANFE's relacionados no demonstrativo de fl. 6, que acompanhavam a mercadoria objeto deste Auto de Infração, tendo em vista que, embora revestidos das formalidades legais, foram utilizadas com intuito de fraude fiscal.

Assim, como visto, observando que não consta destaque de imposto nos DANFE's citados, registro que a cobrança da antecipação parcial do ICMS corresponde à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização como prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, que se acha reproduzido no art. 352-A do RICMS-BA.

Ressalto que o autuado labora em equívoco quando afirma que as mercadorias apreendidas eram destinadas a demonstração, pois as remessas interestaduais em demonstração são tributadas pelo ICMS, uma vez que apenas nas saídas internas ocorre suspensão de incidência do ICMS (art. 599 do RICMS-BA).

Os documentos acostados ao processo na defesa e nos pronunciamentos posteriores (contrato social, notas fiscais de remessa e retorno e de mercadorias, demonstrativo “conferência de entradas – Analítico”), ao contrário da intenção do Impugnante, apenas corroboram com a acusação fiscal.

Considerando que este lançamento tributário se refere apenas às operações relativas aos DANFE's relacionados no demonstrativo de fl.6 e constantes dos autos às fls. 8 a 27, embora discordando do entendimento do Impugnante de que a existência de notas fiscais no SINTEGRA não comprova existência das operações, uma vez que, sendo NF-e(s), estas só são emitidas pelo remetente mediante autorização do Fisco com chave magnética requisitada para cada operação, registro que os demonstrativos tanto do autuante quanto do autuado indicando um maior universo de operações, servem apenas de provas suplementares às inicialmente autuadas. Assim, para este caso, nenhuma repercussão tem o reconhecimento do Impugnante de ser o autuado destinatário apenas das notas fiscais que relacionou no demonstrativo que apresentou. Também nada significa nesse caso, a indevida inclusão das Notas Fiscais nºs 100 e 196, no demonstrativo suplementar produzido pelo autuante.

Tendo em vista que as mercadorias relacionados a este lançamento são bens fungíveis (móvels e objetos de decoração), repisando que quando recebidas para demonstração sofrem tributação de ICMS, além de não serem passíveis de não incidência na forma prevista no art. 6º, XIV, “a” do RICMS-BA, não há nos autos prova de que foram devolvidos ao remetente.

Por fim, considerando que o intuito comercial do fabricante/remetente situado em São Paulo é a produção de mercadorias para venda, ressalto que, do ponto de vista econômico e logístico, a não ser em casos excepcionais destinados à possibilidade de reciclagem no processo produtivo, não há sentido lógico o retorno ao estabelecimento de origem mercadoria que produziu, tendo em vista que, o que na prática comercial comumente se vê é a venda de produtos que foram objeto de demonstração com consideráveis descontos ao consumidor final.

De todo modo, fato é que não se comprovando o pagamento do ICMS devido por antecipação parcial objeto do presente lançamento tributário de ofício, a infração subsiste integralmente.

A multa de 60% proposta é a prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade configurada.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Aduz que o ilustre Auditor Fiscal entendeu que as mercadorias “apesar de supostamente remetidas sob regime de comodato, na verdade são destinadas a comercialização no Estado da Bahia”, desconsiderando totalmente o contrato de comodato celebrado entre o fornecedor dos produtos e a Recorrente, bem como a realidade das operações e as informações contidas nos Documentos Fiscais emitidos pela Comodante, sem qualquer justificativa para tal atitude drástica.

Informa que a autuação se deu no posto fiscal Benito Gama, no momento de entrada dos móveis e objetos de decoração no Estado da Bahia, e ocorreu tão somente pela divergência entre o endereço constante na nota Fiscal emitida pela fornecedora – na qual constava o antigo endereço da Recorrente Av. Paulo VI, nº 1794, Pituba - e aquele constante no cadastro da Recorrente junto ao Estado da Bahia e para onde os móveis foram direcionados (Rua Maceió, nº 105, Barra). Diz apresentar as correções do endereço realizadas, que passaram a identificar o endereço correto onde os bens foram recebidos e expostos.

Argumenta que a desconsideração do contrato de comodato se deu por mera presunção, já que o Autuante não acompanhou o trajeto dos bens que ensejaram a autuação até o estabelecimento da empresa para constatar que aqueles bens em específico haviam sido postos à venda ou apenas como mostruário. Alega que também tem como atividade a comercialização de móveis, e isso jamais foi contestado.

Salienta que há diferença entre a compra de mercadorias para revenda e o recebimento de bens para exibição em show room ou até mesmo em feiras anuais de exposições, a exemplo da “Casa Cor”, e que recebe mercadorias nas duas situações.

Ressalta que em nenhum momento houve a produção de prova hábil a sustentar a descaracterização da operação de comodato que ensejou a autuação, haja vista que essa se deu por mera presunção, o que foi reconhecido pelo voto divergente proferido na decisão de primeira instância. Alega que a diligência fiscal que o autuante supostamente teria realizado se deu antes mesmo que os objetos ensejadores da autuação entrassem no Estado da Bahia, não havendo como se ter constatado que aqueles objetos em específico foram efetivamente destinados à venda.

Alega que, por ser uma loja de móveis e objetos de decoração, tem a necessidade de renovar suas ofertas de produtos e estoque, pelo que periodicamente (semestralmente) realiza a mudança de show room a fim de tornar sua loja mais atrativa aos consumidores. Diz que tais peças de show room são colocadas em exposição e trazidas de fora do Estado a título de comodato, sendo posteriormente devolvida para a Comodante, quando recebe as novas peças a serem expostas. Assevera que a prova de tais alegações são os comprovantes de devolução dos objetos que compuseram o show room, anexados ao Recurso.

Aduz que os produtos que comercializa, além de em sua grande maioria demandarem muito espaço para seu armazenamento, possuem elevado valor, razão que inviabiliza a manutenção de um estoque para fazer pronta entrega dos produtos. Justamente por esse motivo é que tem em sua estrutura um pavimento destinado apenas para o show room de móveis e objetos de decoração e outro somente destinado a venda de mercadorias que possuem um valor mais competitivo no mercado, de forma que para os bens em exposição há a necessidade de fazer prévia encomenda ao fornecedor, segundo pedido do cliente.

Aduz ser ilegal a presunção realizada pelo Autuante, pois a legislação, tanto a federal como a estadual, não prevê a possibilidade de presunção de que as informações lançadas em nota fiscal idônea sejam inverídicas – no caso, movimentação de bens em virtude de comodato-, sendo indispensável, portanto, a produção de prova robusta e inequívoca de situação que enseje a

desconsideração das informações contidas em documento fiscal, a fim de justificar a aplicação de tão dura penalidade, prova esta que deveria ter sido produzida pela fiscalização.

Alega a não incidência do imposto em razão do art. 6º, XIV, “a” do RICMS – BA.

Observa que o acordão recorrido aduz que a operação de entrada dos objetos que ensejaram a autuação não foi realizada a título de comodato, tendo em vista que os objetos da autuação não seriam bem de uso e sim “típicas mercadorias rotineiramente comercializadas pelo contribuinte autuado, o que corrobora a percepção que os móveis e objetos de decoração dos quais decorre esse lançamento são mercadorias destinadas à comercialização pelo autuado”.

A fim de comprovar a natureza de comodato da operação ensejadora da autuação e ilidir completamente a presunção ilegal levada a efeito pelo nobre autuante, a Recorrente juntou aos autos os comprovantes de devolução de grande parte dos móveis e objetos de decoração que ensejaram a autuação, ressaltando que os objetos que não foram devolvidos permanecem na loja em exposição, bastando a realização de simples diligência fiscal para comprovar a natureza de bem de uso da Recorrente.

A título elucidativo e visando facilitar a análise e conferência da documentação fiscal de entrada e de devolução, a Recorrente elaborou uma tabela em que relaciona todos os objetos que ensejaram a autuação, relacionando-os aos números de notas fiscais de entrada e sua atual situação - se permanecem em loja ou se foram devolvidos – e nesse caso de devolução foi destacado o número da nota fiscal em que se fez a devolução.

Subsidiariamente, caso não seja reconhecida a não incidência, a Recorrente alega que a alíquota aplicável ao caso em comento deveria ser a diferença entre a alíquota interestadual e a interna, jamais sendo aplicável a alíquota interna cheia de 17%.

Aduz que a exigência se deu na entrada dos objetos no Estado da Bahia, no posto Fiscal Benito Gama, visando cobrar o ICMS supostamente devido por antecipação parcial, decorrente do diferencial de alíquota interna e a interestadual.

Diz que “Ao exigir o ICMS por antecipação parcial com alíquota de 17% (coluna “F”) de fl. 06), , está a cobrar valores pertencentes a outra unidade da Federação, Isto porque para o cálculo da antecipação parcial deve ser deduzida a alíquota da transação interestadual, o que não foi feito”.

Ressalta que a própria Decisão recorrida aponta expressamente que “Descaracterizadas as operações de comodato é devido a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias...”.

À fl. 447, a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Dulce Baleiro Costa, opinou pela necessidade de conversão do feito em diligencia fiscal em razão de a Recorrente ter apresentado documentos que afirma provar a devolução dos móveis que teriam sido adquiridos em operações interestaduais na forma de comodato.

Em 28/06/2013, em pauta suplementar da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, o feito foi convertido em diligência fiscal à INFRAZ de origem para se pronunciar sobre os documentos apresentados às fls. 314-443.

Às fls. 454-455v, a IFMT/SUL respondeu a diligência fiscal informando que não seria o órgão mais indicado a responder tal diligência, sugerindo que a mesma fosse realizada pela INFRAZ de domicílio do contribuinte, ou pela ASTEC. Por fim, limitou-se a manter a autuação sob o fundamento que apenas parte das mercadorias recebidas em comodato foram devolvidas.

Em 03/12/2013, em nova pauta suplementar da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal, o feito foi novamente convertido em diligência fiscal, desta vez à ASTEC, para que: i) Verifique se houve a devolução de mercadorias recebidas em comodato pelo Recorrente; ii) Em caso de resposta positiva ao questionamento acima transcrita, elabore demonstrativo em separado sem essas mercadorias.

Às fls. 461-462, mediante o Parecer ASTEC nº 65/2014, a diligência fiscal realizada observou que os DANFES de devolução de mercadorias foram registrados no livro Registro de Entradas da Euromobile Interiores S/A, mas que não foram apresentadas as notas fiscais que acompanharam as mercadorias de retorno para SP, pois as cópias dos DANFES apresentados foram autenticados em cartórios de Salvador, inviabilizando a verificação dos carimbos dos postos fiscais no trânsito das mercadorias da Bahia para São Paulo.

Concluiu que, caso sejam reconhecidas como provas das devoluções os documentos apresentados, após a análise e confrontação, remanescem os valores de R\$1.035,08 e R\$1.403,93, referentes aos DANFES nº 6708 e 6709 (fl. 6), no total de R\$2.439,01.

Intimada sobre o resultado da diligência fiscal, a Recorrente se manifestou às fls. 632-634.

Observa que, como a autuação partiu da presunção de que a autuada teria comercializado as mercadorias recebidas em comodato, a defesa se pautou em fazer a comprovação da devolução das mercadorias ao Comodante, e isso foi feito para a quase integralidade dos lançamentos. Argumenta que o fato de não ter sido aposto carimbo no posto fiscal de trânsito não pode ser visto como elemento capaz de manter a referida presunção.

Aduz que nas Notas Fiscais de Devoluções foi identificado o nome do transportador, de forma que a Recorrente não pode ser penalizada se o referido Agente, por algum motivo, eventualmente não parou nos postos fiscais de trânsito.

Volta a arguir que a Autuação foi realizada por mera presunção, e entende que a mesma foi elidida através de prova que estava ao alcance da Recorrente. Volta a frisar que a legislação, tanto a federal como a estadual, não prevê a possibilidade de presunção de que as informações lançadas em nota fiscal idônea sejam inverídicas – no caso, movimentação de bens em virtude de comodato-, sendo indispensável, portanto, a produção de prova robusta e inequívoca de situação que enseje a desconsideração das informações contidas em documento fiscal, a fim de justificar a aplicação de penalidade e cobrança de imposto, prova esta que deveria ter sido feita.

Diz que exibiu os devidos documentos fiscais contemporâneos à época das devoluções, bem como a robusta prova fornecida pelo Comodante, qual seja o competente registro na Contabilidade da mesma. Entende que não houve qualquer indício de que a recorrente estaria comercializando as referidas mercadorias no mercado baiano, e se é assim surge a confiança de que este CONSEF mantenha o primado da regular distribuição das provas, ou seja, se o Contribuinte reuniu provas da inexistência do fato gerador, caberia ao Estado provar a existência do fato imponível.

À fl. 638, o Autuante se manifestou pugnando pelo prosseguimento do feito reiterando a ação fiscal e consequente julgamento com a procedência do Auto de Infração.

Às fls. 643-644, a PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, opinou pelo provimento do Recurso Voluntário, observando que a aposição de carimbos de postos fiscais no DANFE não se traduz de requisito determinante para provar a devolução de mercadorias remetidas em comodato, sendo a cópia do livro Registro de Entrada da empresa Euromobile Interiores S.A. e cópias das notas fiscais de devolução, ao seu sentir, tegumento probatório capaz de elidir a imputação descrita no presente lançamento.

À fl. 645, em despacho proferido pela Procuradora Assistente Rosana Maciel Bittencourt Passos, é observado que em momento posterior à conclusão da diligência pela ASTEC, foi acostada aos autos documentação complementar apresentada pela empresa (fls. 577/578 e 590), onde também foi comprovado, mediante registro no livro Registro de Entrada da empresa Euromobile Interiores S.A, o retorno da “cadeira Melody – importado”, recebida por meio do DANFE nº 6709 (fl. 16).

Por outro lado, observa que no que diz respeito ao DANFE nº 6708, nada obstante a Recorrente ter apresentado a nota fiscal de retorno das mercadorias, de nº 1637 (fls. 584/587), não logrou demonstrar a respectiva escrituração pela Euromobile Interiores S.A., pelo que deve ser mantida a exigência fiscal. Opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário para manutenção do lançamento de ofício exclusivamente quanto ao ICMS decorrente das mercadorias recebidas por conduto do DANFE nº 6708.

VOTO

O presente Auto de Infração de trânsito se refere à exigência do ICMS antecipação parcial em razão da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira, ou do percurso sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado. As mercadorias foram remetidas do Estado de origem para a Bahia sob o regime de comodato, mas, o Autuante entendeu que resta comprovado que não se trata de comodato, e sim de mercadorias adquiridas para revenda.

Em sua sustentação oral, o Advogado do Recorrente suscitou ainda a nulidade da autuação fiscal, sob o argumento de que a fiscalização de trânsito não era competente para concluir que as mercadorias não haviam sido enviadas a título de comodato. Com espeque no art. 155, Parágrafo Único, deixamos de apreciar a arguição de nulidade, pois a análise do mérito é favorável ao sujeito passivo.

Isso porque, após o Recorrente apresentar os documentos às fls. 314-443 com o fito de comprovar que se tratam de mercadorias adquiridas em comodato e que foram devolvidas, o feito foi convertido em duas diligências fiscais para que fossem verificadas as alegações defensivas.

Gize-se que a realização de tais diligências foi fundamental para a análise do presente caso, uma vez que, por se tratar de matéria de fato, era imprescindível a aferição da verdade material, pois não há dúvida quanto à não incidência do ICMS sobre o recebimento de mercadorias a título de comodato, art. 6º, XIV, “a” do RICMS – BA.

Ressalte-se, inclusive, que, em primeira instância, foi proferido voto discordante declarando a nulidade do Auto de Infração justamente em razão do indeferimento do pedido de diligência suscitado na Impugnação: *“Portanto, negada a investigação da verdade material através da conversão do feito em diligência, o ato administrativo fica maculado de vício insanável em razão da indeterminação da natureza da infração e do montante da base de cálculo (art. 18, RPAF/99)”*.

A conclusão da diligência realizada em segunda instância demonstrou que há provas de que as mercadorias devolvidas foram registradas no Livro Registro de Entrada do fornecedor (Euromobile Interiores S.A.) da Recorrente, com exceção de um único DANFE, que apesar de documentar a devolução da mercadoria ao fornecedor da Recorrente, o registro do seu recebimento não foi encontrado no livro Registro de Entrada da Euromobile Interiores S.A.

Há de se frisar o posicionamento da PGE/PROFIS (fls. 643-644) que, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, observou que a aposição de carimbos de postos fiscais no DANFE não se traduz de requisito determinante para provar a devolução de mercadorias remetidas em comodato, sendo a cópia do livro Registro de Entrada da empresa Euromobile Interiores S.A. e cópias das notas fiscais de devolução, ao seu sentir, tegumento probatório capaz de elidir a imputação descrita no presente lançamento.

Sendo assim, diante do conjunto probatório constante nos autos, entendo que estão comprovadas as devoluções de todas mercadorias e configurados os comodatos realizados, logo, voto pelo Provimento do Recurso Voluntário para que o Auto de Infração seja declarado Improcedente.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese a boa fundamentação expedida pela n.Relator, divirjo em parte do seu posicionamento. Conforme relatado, a exigência fiscal reporta-se a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, constatado na primeira repartição fazendária da fronteira do Estado, relativo a mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Para comprovar a alegação de que as mercadorias foram remetidas do Estado de origem para a Bahia sob o regime de comodato, o Recorrente apresentou diversos documentos fiscais em atendimento a diligências fiscais determinadas por este Conselho de Fazenda Estadual.

No que se refere ao DANFE 6708 (fl. 14), o mesmo foi emitido no dia 25/04/11 e tendo as mercadorias sido destinadas a contribuinte descredenciado foi objeto de exigência do ICMS antecipação parcial conforme demonstrativo à fl. 6, cuja autuação ocorreu no dia 28/04/11, de acordo com o disposto no art. 352-A e art. 125, II, “f”, tudo do RICMS/97.

A conclusão da diligência, com relação ao mencionado DANFE é de que houve uma emissão de Nota Fiscal de nº 1637 em 24/07/13 (fl. 584), por parte do estabelecimento autuado indicando devolução das mercadorias recebidas em comodato, porém a mesma não foi registrada no livro Registro de Entrada do fornecedor (Euromobile Interiores S.A.).

Pelo exposto, entendo que tendo o estabelecimento autuado recebido as mercadorias no mês de abril de 2011, e estando descredenciado, ocorreu o fato gerador do ICMS antecipação parcial, e a simples emissão da Nota Fiscal de nº 1637 no mês de julho de 2013, ou seja, mais de dois anos depois, sem comprovar a efetiva circulação da mercadoria, nem escrituração na contabilidade por parte do destinatário, não constitui prova suficiente de que houve devolução das mercadorias que foi objeto da autuação.

Constatou que a Nota Fiscal nº 1637 acostada à fl. 584 indica o transportador TRAN MISSAN TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA., mas não identifica o veículo transportador. Neste caso, o mínimo que deveria ter sido apresentado para comprovar a ocorrência da operação de devolução das mercadorias era o respectivo conhecimento de transporte e o registro do recebimento nos livros fiscais próprios por parte do destinatário, provas simples e que não foram trazidas ao processo, mesmo que realizada duas diligências para este fim.

Pelo exposto, me coaduno com o entendimento manifestado pela Procuradora Assistente Rosana Maciel Bittencourt Passos da PGE/PROFIS/NCA (fl. 645) de que não houve comprovação da ocorrência da operação de devolução de mercadoria que foi objeto da autuação e deve ser declarada a procedência parcial do Auto de Infração, subsistindo tão somente o fato gerador referente ao DANFE nº 6708, no valor de R\$ 1.035,08.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reduzindo o débito para o valor de R\$1.035,08, referente as mercadorias consignadas no DANFE nº 6708, cuja devolução não restou comprovada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217688.0402/11-0**, lavrado contra **IANSÃ COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA**.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Rodrigo Lauande Pimentel, Paulo Danilo Reis Lopes, Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS