

A. I. Nº - 278936.0005/15-0
AUTUADO - AGROSUL MÁQUINAS LTDA.
AUTUANTE - LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05.08.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0129-04/16

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração subsistente. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Excluídos os valores relativos a remessas para destinatário diverso. Adequada a penalidade para o percentual de 1% em face da modificação introduzida no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96. Exegese do art. 106 do CTN. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente subsistente. 3. REMESSAS DE MERCADORIAS EM DEMONSTRAÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS. FALTA DE RETORNO DO PRAZO REGULAMENTAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou caracterizado o não atendimento pelo autuado das regras previstas pelo Arts. 599 e 600 do RICMS/BA. Mantida a exigência fiscal. Item subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 30/09/2015 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$123.917,05 em face das seguintes imputações:

- 1 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$17.087,84, prevista pelo Art. 42, inciso XI da Lei nº 7.014/96.
- 2 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$23.542,26, prevista pelo Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.
- 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$14.416,51, referente a mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.
- 4 - Deixou de recolher ICMS no valor de R\$68.870,44 em decorrência de remessas internas de bens para demonstração, sem o devido retorno. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

Cientificado do lançamento, o autuado ingressou com as Razões de Defesa, fls. 45 a 74, onde após efetuar uma análise dos fatos relacionados ao Auto de Infração, apresenta uma preliminar de fracionamento mencionando a ocorrência de recolhimento parcial do lançamento, infrações 1, 2, 3 e 4, requerendo que seja acatado o pagamento parcial do débito conforme guia de pagamento que diz ter anexado, com base no valor de R\$44.481,23, representativo de parte do montante devido, sobre o qual deverá incidir os acréscimos legais, e as reduções cabíveis nos termos do art. 45, inciso I, da Lei nº 7.014/96, na forma a seguir: Infração 1: R\$17.326,48; infração 2: R\$19.427,25; infração 3: R\$1.386,98 e infração 4: R\$6.348,93. Consta à fl. 261 uma planilha com indicação dos valores reconhecidos do débito.

Adentrando às questões de Direito, passa a questionar parcialmente a infração 01, onde requer a exclusão dos seguintes itens:

I - Notas fiscais emitidas para consolidação de ECF não recebidas pela impugnante. Neste tópico apresenta um demonstrativo onde relaciona notas fiscais que diz terem sido emitidas "para consolidação de operações acobertadas por ECF e não foram na realidade enviadas a impugnante, devendo ter sido emitida para fins de controle de recebimento de valores por parte do fornecedor. Este fato pode ser comprovado pelo que descreve no campo de observação das notas fiscais". Observa que em relação a estas notas já havia computado em seus registros os valores referentes aos cupons fiscais descritos no campo de observação das notas fiscais.

EMITIDAS PARA TOTALIZAR ECF NO PERÍODO							
DATA	NUMERO	NOME	CNPJ	UF	VALOR	BC	MULTA 1%
13/01/2011	4	POSTO ROSARIO LTDA	13.615.307/0001-49	BA	1.817,96		18,18
jan/11					1.817,96		18,18
19/03/2011	1690	POSTO ROSARIO LTDA	13.615.307/0001-49	BA	173,07		1,73
19/03/2011	1691	POSTO ROSARIO LTDA	13.615.307/0001-49	BA	4.106,32		41,06
mar/11					4.279,39		42,79
04/08/2011	6428	POSTO ROSARIO LTDA	13.615.307/0001-49	BA	4.046,78		40,47
ago/11					4.046,78		40,47
Total Geral					10.144,13		101,44

II - Notas fiscais de devolução de conserto. A este respeito diz que possui veículos próprios e tem por norma interna o transporte de equipamentos de terceiras para reparos. Menciona que consta uma observação na nota fiscal citando que a mesma foi emitida para regularizar uma nota fiscal que enviou, e que jamais recebeu estes documentos fiscais.

NOTAS FISCAIS DE REMESSA E DEVOLUÇÃO DE CONserto NAO ENVIADA PELO REMETENTE							
DATA	NUMERO	NOME	CNPJ	UF	VALOR	BC	MULTA 1%
13/05/2011	5694	BOMBOLEO BRASIL COM A.P.S. LTDA	00.958.251/0001-83	BA	500,00		5,00
20/05/2011	5793	BOMBOLEO BRASIL COM A.P.S. LTDA	00.958.251/0001-83	BA	500,00		5,00
30/05/2011	5909	BOMBOLEO BRASIL COM A.P.S. LTDA	00.958.251/0001-83	BA	1.000,00		10,00
mai-11 Total					2.000,00		20,00
16/06/2011	6128	BOMBOLEO BRASIL COM A.P.S. LTDA	00.958.251/0001-83	BA	500,00		5,00
jun-11 Total					500,00		5,00
26/07/2011	6699	BOMBOLEO BRASIL COM A.P.S. LTDA	00.958.251/0001-83	BA	1.500,00		15,00
jul-11 Total					1.500,00		15,00
21/09/2011	7439	BOMBOLEO BRASIL COM A.P.S. LTDA	00.958.251/0001-83	BA	750,00		7,50
28/09/2011	7549	BOMBOLEO BRASIL COM A.P.S. LTDA	00.958.251/0001-83	BA	750,00		7,50
set-11 Total					1.500,00		15,00
07/11/2011	8041	BOMBOLEO BRASIL COM A.P.S. LTDA	00.958.251/0001-83	BA	1.500,00		15,00
22/11/2011	8189	BOMBOLEO BRASIL COM A.P.S. LTDA	00.958.251/0001-83	BA	800,00		8,00
nov-11 Total					2.300,00		23,00
Total Geral					7.800,00		78,00

III - Entradas de mercadorias com destinatário diverso. Aqui apresenta o demonstrativo abaixo informando que as notas fiscais foram emitidas para outro destinatário, razão pela qual requer que sejam excluídas da autuação:

NOTAS FISCAIS EMITIDAS PARA DESTINATARIO DIVERSO DA AGROSUL MAQUINAS LTDA							
DATA	NUMERO	NOME	CNPJ	UF	VALOR	BC	MULTA 10%
18/05/2011	251	HIPERMERCADO D TERRA LTDA	06.276.002/0007-80	BA	1.208,54		120,85
18/05/2011	251	HIPERMERCADO D TERRA LTDA	06.276.002/0007-80	BA	963,16		96,32
mai-11					2.171,70		217,17
Total Geral					2.171,70		217,17

IV - Entradas de mercadorias não tributadas consideradas como tributadas. Neste tópico sustenta que as notas fiscais listadas no demonstrativo foram emitidas pela JOHN DEERE BRASIL LTDA, com o objeto de recompor item que havia faltado em nota fiscal anteriormente enviada, e que este fato pode ser constatado no campo de observações das notas fiscais, acrescentando que o código fiscal da operação é 6.949 – Outras saídas não especificadas, e a mercadoria, por já ter sido lançada na nota fiscal original anotada no campo de observação da nota, não poderia ser novamente lançada como entrada de estoque. Assim foram lançadas exclusivamente como não financeira no sistema, e, desse modo, por não se constituir uma operação tributada requer que as mesmas sejam excluídas daquelas operações listadas no item 2 do Auto de Infração e transferidas para o Item 1. À fl. 56, apresenta demonstrativa das notas fiscais aqui mencionadas.

Em face dos argumentos supra-apresentados, o autuado apresentou às fls. 56 e 57 os quadros com os valores que reconhece como devidos para os itens 1 e 2.

Quanto a infração 03, que se refere a utilização de crédito indevido em operações decorrente de substituição tributária, diz que está anexando cópia das páginas do livro Registro de Entradas onde consta que se apropriou de crédito quando as operações envolviam mercadorias não consideradas como peças de reposição, quando as mercadorias não se relacionavam com o

descrito no Art. 353, incisos I e II, item 30 da Decreto nº 6284/97, e como pode ser comprovado não se apropriou nas alcançadas pela substituição tributária.

Pontua, a seguir, que excluiu as notas fiscais descritas onde não houve aproveitamento do crédito e relaciona as notas fiscais que apesar de constar como CFOP – 6.102, e o próprio remetente não aplicar a substituição tributária, podem ser alcançadas pelo art. 353, incisos I e II, item 30 da Decreto nº 6284/97. Desta maneira, apresenta à fl. 58, demonstrativo com as notas fiscais que reconhece que houve aproveitamento de crédito indevido.

Com relação a infração 04, após citar e transcrever os Arts. 599, §§ 1º e 2º e 600 do RICMS/BA, concernentes ao prazo estipulado para retorno das mercadorias enviadas em demonstração, sustenta que a legislação determina que nos casos em que a mercadoria não retorne no prazo estipulado no § 2º do art. 599, o contribuinte deveria emitir outra nota fiscal para efeito de recolhimento, se devido (Art. 600), acrescentando que havendo a tributação nos casos em que a mercadoria não retornasse no prazo estipulado no § 2º do art. 599, e a tributação fosse aplicada nos termos do art. 600, o contribuinte deveria, quando da saída tributada das mercadorias, creditar-se do imposto anteriormente cobrado (Art. 603, II).

Com esse argumento sustenta que ficam claras e evidentes as seguintes situações:

a) a tributação após o término do período de demonstração só ocorrerá se devido for o imposto, ou seja, se a mercadoria for objeto de isenção ou teve sua tributação efetuada por substituição tributária não há que se falar em nova tributação;

b) respeitando-se o princípio da não cumulatividade do imposto, vencido o prazo de demonstração e retornando o momento do fato gerador para a data inicial da demonstração e havendo a tributação da operação, quando da ocorrência da venda real este tributo recolhido antecipadamente, deve ser compensado com aquele recolhido anteriormente.

Após essas considerações, passa a descrever as operações constantes da infração 04, apontando as operações em que pleiteia as exclusões conforme a seguir.

I - Operações com mercadorias que tem a tributação efetuada por substituição tributária (Art. 353, incisos I e II, item 30 do Decreto nº 6284/97), e por conseguinte não devem e não podem ser tributadas novamente sob pena de se constituir enriquecimento sem causa.

DEMONSTRATIVO DE ICMS DEVIDO – RETORNO FORA DO PRAZO							
CNPJ	DATA	UF	MODELO	NF	CFOP	CÓDIGO	DESCRIÇÃO
00030458153087	05/07/10	BA	55	2388	1913		MONITOR GS2
00030458153087	06/10/10	BA	55	2408	1913	PF0709PC	MONITOR GS 1800 MAS
00030458153087	06/10/10	BA	55	2406	1913	PF0709PC	MONITOR GS 1800 MAS
00030458153087	06/10/10	BA	55	2408	5912	PF0902PC	ANTENA SF2
00030458153087	06/10/10	BA	55	2406	5912	PF0902PC	ANTENA SF2
00030458153087	06/10/10	BA	55	2406	5912	PS999358	KIT SUPLEMENTAR 7X15BM8430

DEMONSTRATIVO DE ICMS DEVIDO – RETORNO FORA DO PRAZO											
CNPJ	DATA	UF	MODELO	NF	CFOP	UNID	QT	VALOR	BC	ALIQ	ICMS
00030458153087	05/07/10	BA	55	2388	1913		2	42.329,32	13.943,78	17%	2.370,44
									TOTAL		2.370,44
00030458153087	06/07/10	BA	55	2408	1913		1	10.000,00	3.294,12	17%	560,00
00030458153087	06/07/10	BA	55	2406	1913		1	10.000,00	3.294,12	17%	560,00
00030458153087	06/07/10	BA	55	2408	5912		1	23.000,00	7.576,47	17%	1.288,00
00030458153087	06/07/10	BA	55	2406	5912		1	23.000,00	7.576,47	17%	1.288,00
00030458153087	06/07/10	BA	55	2406	5912		1	1.500,00	494,12	17%	84,00
									TOTAL		3.780,00

II - Neste tópico advoga o direito ao crédito por ocasião da saída real da mercadoria, com fulcro nos arts. 601, § 2º, 603, parágrafo único do RICMS/BA, pontuando que em respeito ao princípio constitucional da não cumulatividade, ocorrendo o término do período de demonstração e não havendo o retorno da mercadoria, o benefício da suspensão cessa e ocorre a imposição da tributação como se a transmissão da propriedade houvesse ocorrido, sendo que este valor deve

ser abatido como crédito ocorrendo posteriormente a venda real da mercadoria, nos termos da legislação já citada.

Em relação às operações alcançadas pela autuação diz que apesar das mercadorias terem retornado em prazo posterior ao que determinava a legislação, pode ser constatado:

- 1 – Nas notas fiscais de entradas a título de retorno sempre consta no campo de observações aquelas em que foi efetuada a remessa, citando que apesar de ser uma comprovação do não cumprimento do prazo, também comprova que não houve dolo ou má fé na operação.
- 2 – Que as mercadorias objeto da demonstração foram posteriormente vendidas para aqueles que inicialmente eram os destinatários da demonstração.
- 3 – Que nos casos apurados pelo autuante relativos às operações envolvendo os destinatários Srs. Clóvis Ceolin, CPF nº 304.581.530-87, Gilmar Antonio Denardin, CPF nº 340.629.040-04 e Hernandes Silva, CPF nº 672.550.949-53 e sua empresa Rodrigues e Lima Emp. Agrícolas Ltda., CNPJ nº 12.671.394/0001-99, pela cronologia temporal dos documentos fiscais emitidos em cada caso pode-se comprovar que as referidas mercadorias foram ao final do processo faturada (vendas) para os destinatários, passando em seguida a analisar e a demonstrar caso a caso.

No tópico seguinte, tece considerações acerca dos valores que entende devam ser compensados, bem como a base de cálculo da aplicação da penalidade, pontuando que como ocorreu a consumação da demonstração pela alienação e a legislação contempla a apropriação do crédito nos casos em que ocorra o cancelamento da suspensão da operação quando o retorno se processar após o prazo estipulado conforme determina os arts 599 e 600 do RICMS, deve-se apurar os valores atualizando-se nos termos do art. 600, inciso I até a data da alienação e nesta data compensar o valor originalmente.

Neste rumo, defende que para que se respeite o princípio constitucional da não cumulatividade e se evite o enriquecimento sem causa do ente público, sustenta que para a apuração do valor efetivamente recolhido a menos nas operações constantes do Auto de Infração, deve-se calcular a atualização monetária das operações, considerando como fato gerador original o dia do início da demonstração e como término o dia de ocorrência da alienação das mercadorias, incidindo sobre este valor a aplicação da multa e dos acréscimos até a data da autuação.

A este respeito, apresentou as planilhas abaixo:

DADOS DA OPERAÇÃO			REMESSA EM DEMONSTRAÇÃO							
CÓDIGO	DESCRIÇÃO	CNPJ	DATA	UF	NF	CFOP	VALOR	BC	ALIQ	ICMS
BM7815XAAH90482	TRATOR JOHN DEERE 7815	00030458153087	06/07/10	BA	2408	5912	250.000,00	82.352,94	17%	14.000,00
BM7815XEAH90650	TRATOR JOHN DEERE 7815	00030458153087	06/07/10	BA	2406	5912	250.000,00	82.352,94	17%	14.000,00
BM7515XTAD091350	TRATOR JOHN DEERE 7515	00030458153087	02/09/10	BA	3367	5912	170.000,00	56.000,00	17%	9.520,00
BM7715XLAH090678	TRATOR JOHN DEERE 7715	00067255094953	15/12/10	BA	5602	5912	225.000,00	74.117,65	17%	12.600,00

Cálculo do ICMS na data da alienação:

DADOS DA OPERAÇÃO			ALIENAÇÃO AO DESTINATÁRIO							
CÓDIGO	DESCRIÇÃO	CNPJ	DATA	UF	NF	CFOP	VALOR	BC	ALIQ	ICMS
BM7815XAAH90482	TRATOR JOHN DEERE 7815	30458153087	16/12/10	BA	5648	5102	250.000,00	82.375,00	17%	14.003,75
BM7815XEAH90650	TRATOR JOHN DEERE 7815	30458153087	16/12/10	BA	5646	5102	250.000,00	82.375,00	17%	14.003,75
BM7515XTAD091350	TRATOR JOHN DEERE 7515	30458153087	18/12/10	BA	5697	5102	170.000,00	56.015,00	17%	9.522,55
1BM7715XLAH090678	TRATOR JOHN DEERE 7715	67255094953	30/04/11	GO	8295	6108	230.000,00	134.182,00	12%	16.101,84

Cálculo da atualização e acréscimos do ICMS da data de início da demonstração até a data da alienação:

DADOS DA OPERAÇÃO		DATA		SELIC			JUROS		VALORES ICMS	
CÓDIGO	CNPJ	INICIO	ALIENAÇÃO	INICIAL	FINAL	%	%	ORIGINAL	ATUALIZADO	DIFERENÇA
BM7815XAAH90482	30458153087	06/07/2010	16/12/2010	139,23	143,51	3,07%	10%	14.000,00	15.830,37	1.830,37
BM7815XEAH90650	30458153087	06/07/2010	16/12/2010	139,23	143,51	3,07%	10%	14.000,00	15.830,37	1.830,37
BM7515XTAD091350	30458153087	02/09/2010	18/12/2010	140,97	143,51	1,80%	10%	9.520,00	10.643,53	1.123,53
BM7715XLAH090678	67255094953	15/12/2010	30/04/2011	143,51	146,98	2,42%	10%	12.600,00	14.164,66	1.564,66
TOTAL									6.348,93	

Assim é que, com base nos dados acima, requer que seja reformulado os valores constantes do item 4 do Auto de Infração, e que seja considerado como valor histórico o montante de R\$6.348,93.

Em conclusão apresenta os seguintes pedidos:

- i) Seja acatado o pagamento parcial do débito conforme guia de pagamento anexa a presente, com base no valor de R\$44.481,23 representativo do montante devido, sobre o qual deverá incidir os acréscimos legais, e as reduções cabíveis nos termos do art. 45, inciso I, da Lei 7.014/96, homologando-se o recolhimento parcial;
- ii) que seja julgado extinto Auto de infração, no tocante aos os valores restantes itens 1, 2, 3 e 4, pelos argumentos que expôs;
- iii) a realização de perícia nos procedimentos elencados na presente impugnação com vistas a veracidade dos fatos narrados, protestando, por fim, por todos os meios de prova admitidas em direito.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 266 a 268, pontuando inicialmente que o autuado reconheceu parte das infrações, recolhendo R\$17.326,48, referente ao item 01, R\$19.427,25 referente ao item 02, R\$1.386,98 referente ao item 03 e R\$6.348,93 referente ao item 04.

Com relação às questões de direito suscitadas pelo autuado, ponderou, em relação ao argumento em que este afirma que as notas fiscais foram emitidas pelos fornecedores e que não lhe foram enviadas, que esta citação não descaracteriza a infração, já que as notas fiscais emitidas e validadas devem ser escrituradas regularmente. Mantém a autuação.

Quanto ao item defendido a título de operações não tributadas - notas fiscais de devolução de conserto, onde o autuado alega que as notas fiscais foram emitidas por terceiros para regularizar notas fiscais emitidas pelo contribuinte e que jamais recebeu estes documentos, entende que esta argumentação não descaracteriza a infração, pois as notas fiscais emitidas e validadas devem ser escrituradas regularmente. Mantém a autuação.

Já em relação ao tópico inerente a *"operações tributadas - da entrada de mercadoria destinatário diverso"*, diz que acata a argumentação e o demonstrativo apresentado pelo contribuinte.

No que diz respeito ao item *"operações tributadas - da entrada de mercadoria não tributada considerada como tributada"*, onde o autuado alega que as operações não foram tributadas e que foram lançadas exclusivamente como não financeiras no sistema, sustenta que esta alegação não procede tendo em vista que em todas as notas fiscais existe o destaque do imposto, caracterizando uma operação tributada, portanto, desta forma, mantém o procedimento.

No que concerne ao tópico intitulado *"da utilização de crédito indevido em operações decorrente de substituição tributária"*, diz que também acata a argumentação e o demonstrativo apresentado pelo contribuinte.

Quanto aos questionamentos relacionados aos tópicos *"demonstração com retorno superior ao que determina o art. 599, inciso ii e procedimento do art 600"* e *"da exclusão das operações com mercadorias alcançadas pela substituição tributária"*, pontua que o autuado admite o retorno fora do prazo estabelecido, porém alega que o imposto foi recolhido anteriormente por substituição tributária. Afirma que esta argumentação só poderia ser acatada com a apresentação do comprovante de recolhimento do imposto, o qual não foi apresentado. Desta forma mantém o procedimento, acrescentando que os argumentos apresentados pelo contribuinte são relacionados a problemas ocorridos na área não tributária e que determinaram, de acordo com o mesmo, os retornos fora do prazo de produtos que foram remetidos para demonstração, sendo que, efetivamente estes eventos não possuem a capacidade de descaracterizar a infração tributária e desta forma o imposto é devido.

Às fls. 271 a 273, foi juntado extrato emitido através do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, apontando o pagamento do valor do débito reconhecido na ordem de R\$42.494,15, em valores históricos, os quais, com os acréscimos pertinentes resultaram no recolhimento no total de R\$62.636,10.

VOTO

O autuado inicia sua defesa arguindo uma preliminar de fracionamento do Auto de Infração e do seu recolhimento parcial, em face da sua concordância em realizar o pagamento de parte das infrações 1, 2, 3 e 4, cujo valor diz ser R\$44.481,23, entretanto, à luz do extrato de pagamento/SIGAT anexado às fls. 271 a 273, tem-se que o valor pago, em valores históricos, foi de R\$42.494,15, valor este que deverá homologado pelo órgão competente. Desta forma, o pretendido fracionamento está sendo atendido visto que, neste julgamento serão enfrentadas apenas as partes que foram questionadas pela defesa.

Tendo em vista que não houve qualquer questionamento de ordem formal pelo autuado suscitando possível nulidade no lançamento e, verificando que foram atendidos pelo autuante todos os requisitos previstos pelo Art. 39 do RPAF/BA, passo a enfrentar as questões de mérito.

Neste norte, indefiro de imediato o pedido de perícia formulado pelo autuado por entender que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação da minha convicção e, também, pelo fato do requerente não haver apontado ou apresentado qualquer questionamento que pudesse motivar a realização de perícia ou mesmo de diligência fiscal.

Assim é que, passo a analisar conjuntamente as infrações 1 e 2 que tratam de falta de registro de notas fiscais não tributáveis e tributáveis, cujas penalidades aplicadas foram, respectivamente, R\$17.087,84 e R\$23.542,46.

Os argumentos defensivos centram-se nos seguintes pontos: **a)** que algumas notas fiscais foram emitidas para consolidação de operações acobertadas por cupons fiscais (ECF) e que não lhe foram enviadas; **b)** notas de devolução de conserto que não lhe foram enviadas pelo remetente; **c)** notas fiscais emitidas para destinatário diverso; **d)** notas fiscais emitidas pelo fornecedor para recompor item que havia faltado nas notas anteriores. Em relação a estas notas, item “d”, considera que por não se constituir operação tributada requer sua exclusão do item 2 (tributadas) para o item 1 (não tributada).

Analisando tais argumentos vejo que não assiste razão ao autuado naquilo que se referem aos itens a, b e d acima, pois se tratam de notas fiscais eletrônicas, com validações pelo sistema e a ele destinadas. Nesta condição, não importa qual a natureza da operação, cabendo a efetivação do registro. Assim, ante a ausência comprovada desses registros, ficam mantidas as penalidades. Cabe aqui destacar que o que caracteriza se a operação é ou não tributável é se houve ou deixou de haver o destaque do imposto na nota fiscal de entrada, e não a destinação da mercadoria ou bem pelo adquirente.

Vejo, porém, que assiste razão ao autuado no tocante ao argumento constante no item “c” acima, pois, conforme referendado pelo autuante, a nota fiscal nº 251, do mês de maio/2011, se destinou a outra empresa, razão pela qual deve ser excluída a penalidade no valor de R\$217,17 nesse mês.

Verifico, entretanto, de ofício, que a penalidade aplicada pelo autuante em relação a infração 02, no percentual de 10%, deverá ser reduzida para o percentual de 1% em razão da alteração processada no inciso IX do Art. 42 da Lei 7.014/96 através da Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, razão pela qual aplico a regra prevista pelo Art. 106, I do CTN, para efeito de redução do percentual da multa que foi aplicada.

Em vista dos argumentos supra, a infração 1 fica integralmente mantida no valor de R\$17.087,84 enquanto que a infração 02 fica reduzida da seguinte forma: do valor original lançado de R\$23.542,26, exclui-se a quantia de R\$217,17 no mês de maio/11, resultando na penalidade total de R\$23.325,09 considerando-se o percentual da multa de 10%, entretanto em face do novo percentual de penalidade de 1% previsto pelo inciso IX do referido artigo e lei, a penalidade da infração 2 fica reduzida para o valor de R\$2.332,51.

A infração 03 trata de utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária. O autuado apresentou cópia dos livros fiscais indicando quais as notas fiscais em que não houve utilização do crédito fiscal relacionado a acusação, e consignou à fl. 58 uma planilha onde reconhece que houve a utilização indevida de

crédito fiscal no total de R\$1.389,98. Entretanto, vejo que existe incorreção no valor totalizado, sendo a soma correta no valor de 1.378,90.

Estes fatos foram analisado pelo autuante que em sua informação fiscal declara textualmente que “*acata a argumentação e o demonstrativo apresentado pelo autuado*”, razão pela qual, estribado na análise e posicionamento do autuante, julgo a infração 3 parcialmente procedente no valor de R\$1.378,90.

Por fim, a infração 04 exige ICMS na ordem de R\$68.870,44 em face da “*remessa de bens para demonstração sem o devido retorno*”.

O que se vislumbra nestes autos em relação a esta infração, se relaciona a dois fatos: a) exigência de imposto sobre mercadorias remetidas em demonstração, sem retorno no prazo regulamentar, tidas pela defesa com fase de tributação encerrada; b) remessa de mercadorias em demonstração sem retorno no prazo regulamentar.

No que diz respeito ao item "a" os argumentos trazidos pela defesa são no sentido de que sejam excluídas da autuação as operações com mercadorias alcançadas pela substituição tributária, fls. 62 e 63, cujo imposto totaliza a quantia de R\$3.780,00. Vejo, entretanto, que o autuado apresentou título de comprovação apenas o demonstrativo de fls. 226, inexistindo nos autos quaisquer dados que vinculem os produtos mencionados às fls. 52 e 63 à substituição tributária, e que o imposto foi pago nessa condição. Impossibilidade, portanto, de excluir do lançamento essas operações, por absoluta ausência de prova.

Quanto ao item "b", da análise dos argumentos defensivos vejo que o autuado após se reportar aos artigos 599 e 600 do RICMS/97, passa a analisar caso a caso as operações envolvidas pela autuação

Questiona, também, o direito ao crédito por ocasião da saída real da mercadoria, citando em seu favor os arts. 601, § 2º e 603, parágrafo único, do RICMS/97, descrevendo de forma pormenorizada cada operação.

Em relação a estes fatos, vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos, na medida em que, a legislação estabelece, de forma clara, a condição que se aplica à suspensão da exigência do imposto nas saídas internas a título de demonstração. Desta maneira e objetivando deixar claro os procedimentos que deveriam ter sido adotados pelo autuado, no período alcançado pela autuação, transcrevo a norma regulamentar aplicável, vigente à época das ocorrências inseridas no item 04 do Auto de Infração:

1 - Procedimento quando da remessa da mercadoria ou bem em demonstração:

Art. 599. É suspensa a incidência do ICMS nas saídas internas de mercadorias, bem como nos subseqüentes 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.

§ 1º Nas remessas de que cuida este artigo, será emitida Nota Fiscal, sem destaque do imposto, 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. (grifo não original).

§ 3º Considera-se encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, com a verificação de qualquer das seguintes situações:

I - o recebimento em retorno real ou simbólico da mercadoria ou bem ao estabelecimento de origem;

II - a transmissão da propriedade da mercadoria ou bem, pelo estabelecimento de origem, estando ainda em poder do destinatário;

III - o não atendimento da condição de retorno, no prazo regulamentar. (grifos não originais)

2 - Procedimento a ser adotado quando não ocorre o retorno no prazo regulamentar:

Art. 600. Decorrido o prazo estipulado no § 2º do artigo anterior sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem, real ou simbólico, será emitida, no

61º (sexagésimo primeiro) dia, contado da saída originária, outra Nota Fiscal, para efeito de: (grifo não original)

I - recolhimento do imposto, se devido, mediante documento de arrecadação avulso, com atualização monetária e acréscimos moratórios contados da saída originária, após o que as mercadorias poderão continuar em demonstração:

II - transmissão, quando for o caso, do correspondente crédito fiscal ao destinatário.

§ 1º Na Nota Fiscal de que cuida este artigo constarão, apenas:

I - a data da emissão;

II - os dados relativos ao destinatário;

III - a natureza da operação: "Encerramento da fase de suspensão";

IV - o número de ordem, a série e a data da emissão da Nota Fiscal originária;

V - a observação: "Emitida nos termos do art. 600 do RICMS-BA";

VI - o número, a data e o valor do documento de arrecadação aludido no inciso I deste artigo;

VII - o destaque do imposto recolhido, quando for o caso.

§ 2º A Nota Fiscal referida neste artigo será lançada no Registro de Saídas, mediante utilização, apenas, das colunas "Documento Fiscal" e "Observações", anotando-se nesta a expressão: "Emitida nos termos do art. 600 do RICMS-BA".

3 - Procedimento a ser cumprido pelo estabelecimento recebedor da mercadoria em retorno de demonstração:

Art. 601. O estabelecimento que receber, em retorno, mercadoria remetida nos termos do

art. 599 para demonstração a particular, produtor ou extrator não equiparados a comerciantes ou a industriais, ou, ainda, a qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de documentos fiscais, deverá:

I - emitir Nota Fiscal (entrada), mencionando o número de ordem, a série, a data da emissão e o valor do documento fiscal originário;

II - obter, na Nota Fiscal emitida para documentar a entrada ou em documento apartado, a assinatura do particular ou da pessoa que efetuar a devolução, anotando o número do respectivo documento de identidade;

III - lançar a Nota Fiscal (entrada) emitida nos termos do inciso I no Registro de Entradas, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações sem Crédito do Imposto".

§ 1º A Nota Fiscal (entrada) emitida na forma do inciso I servirá para acompanhar a mercadoria em seu retorno ao estabelecimento de origem.

§ 2º No caso de retorno de mercadoria, tendo ocorrido a hipótese de que trata o art. 600, a Nota Fiscal emitida para documentar a entrada:

I - conterá, também, o número, a data e o valor do documento de arrecadação mencionado no inciso I do art. 600;

II - será lançada no Registro de Entradas, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", quando for o caso.

Art. 602. O estabelecimento comercial, industrial ou qualquer outro obrigado à emissão de documentos fiscais que remeter, em retorno ao estabelecimento de origem, mercadorias

recebidas para demonstração, nos termos do art. 599, deverá emitir Nota Fiscal sem destaque do ICMS, na qual constarão, além dos demais requisitos, o número, a série, a data da emissão e o valor da Nota Fiscal pela qual tiver recebido as mercadorias em seu estabelecimento.

Parágrafo único. No caso de retorno de mercadorias, tendo ocorrido a hipótese do art. 600, para fins de transmissão do crédito do imposto na forma do seu inciso II, a Nota Fiscal prevista no presente artigo será emitida com destaque do imposto, devendo nela constar, também, o número, a série e a data da Nota Fiscal de que trata o mencionado art. 600.

3 - Demais procedimentos a serem adotados quando da transmissão da propriedade, inclusive na ocorrência da hipótese prevista pelo art. 600 acima citado:

Art. 603. Ocorrendo a transmissão da propriedade de mercadorias remetidas para demonstração a particular, produtor ou extrator, ou, ainda, a qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de documentos fiscais, sem que elas tenham retornado ao estabelecimento de origem, este deverá:

I - emitir Nota Fiscal para entrada simbólica, na qual consignará:

a) como natureza da operação, "Retorno simbólico de mercadoria em demonstração";

b) o número, a série, a data da emissão e o valor, tanto do documento fiscal emitido por ocasião da remessa para demonstração como da Nota Fiscal emitida nos termos do inciso III;

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";

III - emitir Nota Fiscal com o nome do adquirente como destinatário, com destaque do ICMS, se devido, mencionando o número, a série, a data da emissão e o valor do documento fiscal da remessa para demonstração, e a natureza da operação: "Transmissão da propriedade";

IV - lançar a Nota Fiscal de que cuida o inciso anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, tendo ocorrido o previsto no art. 600, o estabelecimento de origem deverá:

I - emitir Nota Fiscal para entrada simbólica, na qual consignará:

a) como natureza da operação, "Retorno simbólico de mercadoria em demonstração";

b) o número, a série, a data da emissão e o valor, tanto do documento fiscal emitido por ocasião da remessa para demonstração como da Nota Fiscal emitida nos termos do inciso III;

c) a data e o valor do documento de arrecadação referido no inciso I do art. 600;

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

III - emitir Nota Fiscal com o nome do adquirente como destinatário, com destaque do ICMS, se devido, mencionando o número, a série, a data da emissão e o valor do documento fiscal da remessa para demonstração, e a natureza da operação: "Transmissão da propriedade";

IV - lançar a Nota Fiscal de que cuida o inciso anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar.

Art. 604. Ocorrendo a transmissão da propriedade de mercadorias remetidas para demonstração, nos termos do art. 599, a estabelecimento comercial, industrial ou qualquer outro obrigado à emissão de documentos fiscais, sem que elas tenham retornado ao estabelecimento de origem, observar-se-ão as seguintes disposições:

I - o estabelecimento adquirente deverá:

a) emitir Nota Fiscal com o nome do estabelecimento de origem como destinatário, na qual consignará, como natureza da operação, "Retorno simbólico de mercadoria em demonstração", sem destaque do imposto, mencionando, ainda, o número, a série, a data da emissão e o valor da

Nota Fiscal pela qual tiver recebido a mercadoria;

b) lançar a Nota Fiscal referida na alínea anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar;

c) lançar no Registro de Entradas a Nota Fiscal de que trata a alínea "b" do inciso seguinte;

II - o estabelecimento transmitente deverá:

a) lançar no Registro de Entradas a Nota Fiscal emitida nos termos da alínea "a" do inciso anterior;

b) emitir Nota Fiscal com o nome do estabelecimento adquirente como destinatário, com destaque do ICMS, se devido, mencionando o número, a série, a data e o valor do documento fiscal emitido por ocasião da remessa para demonstração e, como natureza da operação, "Transmissão da propriedade";

c) lançar a Nota Fiscal emitida na forma da alínea anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar.

Parágrafo único. Na situação de que cuida este artigo, tendo ocorrido a hipótese do art. 600, observar-se-á o seguinte, para fins de transmissão do crédito do imposto:

I - o estabelecimento adquirente deverá:

a) emitir Nota Fiscal com o nome do estabelecimento de origem como destinatário, na qual consignará, como natureza da operação, "Retorno simbólico de mercadoria em demonstração", com destaque do imposto, se devido, mencionando, ainda, o número, a série, a data da emissão e o valor da Nota Fiscal pela qual tiver recebido a mercadoria, bem como o número, a série e a data da emissão da Nota Fiscal de que trata o art. 600;

- b) lançar a Nota Fiscal referida na alínea anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar;*
- c) lançar no Registro de Entradas a Nota Fiscal de que trata a alínea "b" do inciso seguinte;*

II - o estabelecimento transmitente deverá:

- a) lançar no Registro de Entradas a Nota Fiscal emitida nos termos da alínea "a" do inciso anterior, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto";*
- b) emitir Nota Fiscal com o nome do estabelecimento adquirente como destinatário, com destaque do imposto, mencionando o número, a série, a data e o valor do documento fiscal emitido por ocasião da remessa para demonstração, e a natureza da operação, "Transmissão da propriedade";*
- c) lançar no Registro de Saídas a Nota Fiscal de que trata a alínea anterior.*

Da análise dos dispositivos regulamentares acima transcritos, vê-se, inicialmente, que esta é a forma que o Estado possui para acompanhar e disciplinar este tipo de operação e, se descumprido, entendo ser plenamente cabível a exigência do imposto, sendo fato inconteste que em todas as operações de remessas em demonstração, não ocorreu o retorno, mesmo simbólico, no prazo acima mencionado.

Assim é que, está claro que não ocorreram os retornos das mercadorias no prazo estabelecido pelo § 2º do Art. 599 enquanto que o autuado não atendeu a regra estabelecido pelo Art. 600, inciso I, ao não emitir no 61º dia contado da saída originária outra nota fiscal para efeito de recolhimento do imposto devido, mediante documento de arrecadação avulso, com atualização monetária e acréscimos moratórios, situação esta que deu causa a exigência do imposto na forma contida no presente Auto de Infração, não implicando em exigência do imposto em duplicidade, já que feita com amparo em norma regulamentar e legal.

Entretanto, como o autuado alega que efetuou o pagamento do imposto quando da transmissão da propriedade e que a exigência deste através do presente lançamento resultará em pagamento em duplicidade sobre a mesma mercadoria, o que não foi contestado pelo autuante, vejo que o autuado poderá fazer jus ao crédito fiscal, pelo valor original, quando do pagamento do presente Auto de Infração, relativamente as remessas em demonstração ocorridas através das notas fiscais nº 2406, 2408, 3367 e 5602, desde que o lançamento vincule estas notas fiscais com as respectivas notas de vendas devidamente registradas e debitados o imposto nos livros fiscais.

Em face do quanto acima exposto mantenho a procedência da infração 04 no valor de R\$68.870,44.

Concluindo, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração nos seguintes valores: Infração 01 – R\$17.087,84; Infração 02 – R\$2.332,51; Infração - 03 R\$1.378,90 e Infração 04 – R\$68.870,44, totalizando o débito em R\$89.699,69, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278936.0005/15-0** lavrado contra **AGROSUL MÁQUINAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.249,34**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, incisos VII “a” e II “a” da Lei nº 7.014/96 e dos demais acréscimos legais, além das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$19.420,35** previstas pelos incisos IX e XI do referido dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, em 28 de julho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA