

PROCESSO - A. I. Nº 278996.0002/17-8
RECORRENTE - KSR AUTOMOTIVE INDÚSTRIA DO BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0020-05/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/10/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0271-12/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS DE PEÇAS AUTOMOTIVAS. FALTA DE DESTAQUE DO RECOLHIMENTO. Não acolhidas as teses defensivas no sentido de afastar a exigência do imposto, calcadas nas alegações de não incidência, suspensão ou isenção do ICMS. O Autuado comprovou, em algumas operações, o retorno das mercadorias remetidas. Há incidência do imposto nas operações de saída interestadual destinadas à armazenagem em estabelecimento de outro contribuinte. Da mesma forma, incidência do imposto nas saídas de mercadorias para reposição de estoques sinistrados no transporte. Não comprovado o cancelamento de documentos fiscais e a tributação subsequente das operações indevidamente lançadas com simples remessas. Mantida integralmente a exigência fiscal. Afastadas as preliminares suscitadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2017, para exigir crédito tributário em função da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2014, janeiro, fevereiro, abril, junho, novembro e dezembro de 2015 e janeiro, março, julho e novembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$237.186,78, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96.

Consta que a infração é referente à saída de peças automotivas para os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Santa Catarina, sem destaque e recolhimento do ICMS.

A 5ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0020-05/18 (fls. 251 a 260), com base no voto do Relator, a seguir transcrito:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em razão do contribuinte ter realizado operações tributáveis, declaradas em sua escrita fiscal como não tributáveis.

As operações compreenderam saídas de peças automotivas para os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Santa Catarina, sem destaque e recolhimento do ICMS. Respalda a autuação, os demonstrativos anexados às fls. 09 a 17 deste PAF (Processo Administrativo Fiscal).

O contribuinte suscitou a nulidade do ato de lançamento, por ausência de fundamentação legal, afirmando que a acusação fiscal se encontra no campo da plena discricionariedade da autoridade autuante. Disse, ainda, que essa autoridade não se debruçou sobre a realidade fática das operações e que a singela indicação de dispositivos do decreto e da lei do tributo não possuem o condão para elucidar as bases do lançamento em exame.

Citou doutrina de administrativistas pátrios e disse que houve violação ao art. 93, inc. IX, da Constituição de 1988 e ao art. 18, inc. III, do RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), implicando em nulidade do lançamento fiscal em exame. Apontou ainda a defesa, a violação aos princípios da segurança jurídica e da moralidade administrativa, dentre outros.

Passo então a examinar as questões preliminares suscitadas pela defesa. Observo, inicialmente, que o lançamento fiscal em exame está respaldado, documentalmente, nos demonstrativos juntados às fls. 09 a 17 onde estão listadas as notas fiscais eletrônicas que serviram de base para a autuação, com a indicação das correspondentes chaves eletrônicas dos documentos fiscais. Esses documentos, cujas cópias reprográficas (DANFES), foram anexadas pelo contribuinte na peça defensiva (docs. fls. 105 a 204), revelam as remessas de componentes do sistema de aceleração e freios de automóveis (aceleradores, brakes, molas de retorno, pedais etc) em operações em que não houve destaque do ICMS. Nos citados documentos fiscais há menção, nos campos próprios, apenas de se tratar de operações de saídas de mercadorias não especificadas (CFOP 6949 e CFOP 6915). Não houve qualquer citação nos documentos emitidos pelo sujeito passivo, no que se refere aos dispositivos da legislação do ICMS do Estado da Bahia ou das normas nacionais do tributo, esclarecendo ou informando se as operações estariam beneficiadas com alguma hipótese que afastaria a tributação, a exemplo dos institutos da isenção, suspensão do ICMS ou mesmo não incidência, dentre outros. Na ausência de informações nos documentos fiscais a afastar a incidência tributária, restou configurado para a autoridade fiscal responsável, pelo lançamento, que as operações estariam submetidas à tributação normal, visto que, salvo expressa menção em contrário, as saídas de mercadorias a qualquer título de um estabelecimento para outro, ainda que do mesmo contribuinte, envolvendo a compra e venda, remessa em consignação, transferências, doações etc., estão sujeitas ao lançamento a débito na conta corrente do ICMS.

Não padece de nulidade do lançamento, por ausência de fundamentação ou de base probatória, visto que o ato administrado contestado pela defendente se respaldou na documentação fiscal emitida pelo próprio contribuinte, sem que a mesma revelasse, de forma expressa, os motivos que afastariam a incidência do ICMS. Por sua vez, somente por ocasião da defesa foram apresentados argumentos e documentos para respaldar o afastamento da tributação pelo ICMS das operações autuadas, questões que serão examinadas, quanto à sua pertinência, no enfreteamento do mérito.

Afastadas, portanto, a arguições de nulidade do Auto de Infração suscitadas pela defesa.

*Ingressando doravante nas questões de mérito, observo que na peça impugnatória o contribuinte apontou 07 (sete) hipóteses ou situações com fim de afastar a autuação, envolvendo: **a)** remessas de produtos para teste, com posterior retorno ao estabelecimento remetente, configurando a suspensão da incidência do ICMS (DANFES listados às fls. 30/31 – arts. 279 e 280 do RICMS/12); **b)** produtos enviados para teste como amostra, configurando hipótese de isenção do ICMS (DANFES listados às fls. 32 – art. 265, inc. XXI, do RICMS/12); **c)** simples remessas de produtos, sem transmissão de propriedade, para fins de estocagem – operações sem valor econômico – inoccorrência de fato gerador do ICMS (DANFES listados às fls. 34/36 – art. 12 da LC nº 87/96); **d)** simples remessa de produtos – devoluções de embalagens ao proprietário operações sem valor econômico – inoccorrência de fato gerador do ICMS (DANFES listados à fl. 38); **e)** Simples remessa de produtos, reposição de peças sinistradas no momento do transporte (NF nº 16612); **f)** Remessa e posterior venda de equipamentos como sucata (Notas Fiscais nºs 18329, 18455, 18456, 18459, 18460 e 18461); **g)** notas fiscais canceladas e notas fiscais relacionadas à simples remessas e posteriormente corrigidas para operações com o devido recolhimento do ICMS (DANFES e documentos listados às fls. 39/40).*

Passemos então a examinar as situações acima descritas.

Em relação às remessas de produtos para testes (molas, pedais etc.), cujos DANFES foram listados à fl. 30 do PAF, envolvendo 5 (cinco) documentos fiscais, a regra contida no art. 281, inc. I, do RICMS, estabelece a suspensão do ICMS na hipótese de saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados à industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado e às partes, peças e outras mercadorias fornecidas pelo prestador do serviço (Convênio AE 15/74). A legislação tributária prevê a hipótese de suspensão do ICMS para as remessas de mercadorias e bens destinados à industrialização em estabelecimento de terceiro, com o consequente aumento de valor do produto final ou agregação de novos componentes (partes e peças). Os componentes fabricados pela autuada e enviados para testes em outro estabelecimento não são submetidos a novo processo de industrialização. Conforme declarou a própria defesa os produtos finais levados a testes de segurança são submetidos a condições extremas de medição e controle de resistência, não havendo como serem reaproveitados para posterior revenda. Em verdade estes produtos são integralmente consumidos pelo contribuinte em estabelecimentos de terceiros, se inutilizando por ocasião dos testes de resistência, devendo ser baixados do estoque final, após retorno ao estabelecimento remetente/fabricante. Nessa situação as operações de remessa para testes não se submetem à regra de suspensão prevista no RICMS/12 e o consumo de produtos acabados pelo estabelecimento fabricante deve ser tributado ou os créditos fiscais dos componentes aplicados no processo fabril devem ser estornados, pois não

haverá saída subsequente tributada pelo imposto. Ademais em relação aos citados acima, não houve comprovação documental dos retornos das mercadorias enviadas para testes.

Da mesma forma, em relação ao DANFE listado à fl. 31 do PAF, integrante da peça de defesa, relacionado à remessa de ferramentas enviadas para reparo (Notas Fiscais nºs 15261 e 17181), não foram trazidos ao PAF os documentos de devolução daquelas peças. Insustentáveis os argumentos defensivos no tocante à suspensão do ICMS dessas remessas. Mantida a exigência fiscal em relação a essas remessas.

No que se refere aos produtos (molas, pedais aceleradores etc.), enviados para teste como amostra, sem expectativa de retorno, configurando, na interpretação do contribuinte, hipótese de isenção do ICMS, conforme DANFES listados às fls. 32 (art. 265, inc. XXI, do RICMS/12), faz-se necessário, primeiramente, se observar o tratamento tributário dado às mercadorias distribuídas como amostras gratuitas. As denominadas “amostras grátis”, se destinam a promover comercialmente o produto destinado a venda a consumidor final e são distribuídas gratuitamente, em quantidades inferiores àquelas contidas nas embalagens destinadas à venda dos produtos colocados no comércio varejista. No caso em exame, os produtos remetidos pela empresa autuada não tinham por objetivo a promoção comercial dos mesmos junto à clientela consumidora final. As remessas se destinavam a testes de controle de resistência dos materiais utilizados, que após a sua realização resultava em desgastes, tornando-os inapropriados para venda subsequente. Sendo componentes dos sistemas de freios e aceleração de veículos automotores não poderiam ser tratados como amostras grátis, pois esses elementos não se destinavam à venda direta a consumidor final, sendo fornecido às montadoras de veículos como insumos de seus respectivos processos de montagem industrial de automóveis. Diante dessas circunstâncias fáticas, inaplicável ao caso a regra de isenção citada pelo contribuinte na peça de defesa, contida no art. 265, inc. XXI, do RICMS/12 (Decreto nº 13.780/2012). Mantenho igualmente a exigência fiscal em relação a essas operações.

Analiso agora as operações de remessa de produtos, para fins de estocagem, sem transmissão de propriedade, relacionados aos DANFES listados às fls. 34/36. O contribuinte argumenta que essas operações não possuem valor econômico e não configuram fato gerador do ICMS, que só se verificaria na hipótese de transmissão de propriedade das mercadorias (art. 12 da LC nº 87/96).

Observo que a situação em análise trata-se de atividade realizada por operador logístico, consistente na prestação de serviços de armazenagem, controle de estoques, guarda de documentos e livros fiscais e outros serviços não tributados pelo ICMS, mediante contratos individualizados com seus clientes. A legislação do ICMS não tributa essas operações, desde que realizadas no território do Estado (operações internas) e obedecidas as condições firmadas nos arts. 477 a 481 do RICMS/12.

No caso concreto, as operações autuadas envolveram remessas interestaduais de componentes dos sistemas de freios e aceleradores (pedais automotivos) de veículos da marca Punto – FIAT, para a empresa Serra Verde Transporte Ltda., situada no município de Itaúna, Estado de Minas Gerais. Trata-se, portanto, de operações tributadas normalmente, não havendo para essas remessas previsão legal de suspensão da incidência do ICMS ou mesmo outra disposição normativa estabelecendo a não incidência do imposto nas remessas para armazenagem em estabelecimento de contribuinte localizado em outra unidade da Federação. Mantida também a exigência fiscal em relação a essas operações de remessa para armazenagem em outra unidade federada.

No tocante ao notebook acobertado pela NF-e chave ‘29160304000478000172550010000180701002936334’ - NOTEBOOK ASUS A42F, documento citado à fl. 37 deste PAF, a defesa sustenta tratar-se de um caso de simples remessa do computador pessoal do diretor da empresa para o mesmo, em outro estado, em razão de questões de saúde daquele diretor. Afirmou que não houve na operação qualquer circulação econômica ou jurídica, sendo ilegítima a incidência do imposto. Entretanto, o contribuinte não trouxe ao processo o documento que comprovasse o retorno, através de emissão de nota fiscal, daquele equipamento de informática. Configurada, portanto, sem a comprovação documental do retorno, a desincorporação do bem, situação em que a operação de saída do mesmo deveria ter sido oferecida à tributação.

Em relação às operações relacionadas aos DANFES listadas à fl. 38 do PAF, integrante da peça de defesa, o contribuinte faz referência à devolução de ferramentas e embalagens de propriedade da montadora Nissan, utilizadas pela empresa autuada na execução do contrato de comodato firmado entre as partes. As alegadas devoluções estão relacionadas às Notas Fiscais/DANFES 17.717 (doc. fl. 227) e 18.328 (fl. 231). O primeiro documento traz como destinatário da operação a Nissan do Brasil Automóveis Ltda., situada no Paraná, mas não faz qualquer referência à nota fiscal de remessa originária do produto, não ficando caracterizada a operação de devolução das embalagens plásticas, não se podendo ainda se estabelecer se a operação em exame se refere a uma efetiva devolução de produtos fungíveis, (embalagens plásticas), remetidas em comodato. Já a NF 18.328 tem por destinatário a empresa Stamptec Ind. e Com. de Peças Estampadas Ltda., localizada em São Paulo e não a Nissan do Brasil, além de não fazer qualquer referência ao documento de remessa originária que ensejou a devolução das ferramentas. Diante do quadro descrito acima, não restou comprovado se tratar de devolução de mercadorias ou bens remetidos em comodato pela empresa Nissan do Brasil, por ausência de vinculação entre os documentos de remessa e devolução e mesmo em razão de um dos documentos ter por

destinatário contribuinte diverso do mencionado na peça de defesa. Mantenho a exigência fiscal em relação às NFs/DANFES 17.717 (doc. fl. 227) e 18.328 (doc. fl. 231).

Em relação à NF/DANFE nº 16612 (doc. fl. 212) o contribuinte sustenta trata-se de remessa de produtos para reposição de peças sinistradas durante o transporte. Disse ter realizado o envio dessas peças para a empresa Ford Motor Company Brasil Ltda, no total de 28 (vinte e oito) itens, para reposição dos produtos danificados no transporte. O citado DANFE, entretanto, aponta como destinatário da operação a empresa Serra Verde Transporte Ltda., situada em São Paulo. Ademais, a saída de produtos novos para reposição de estoques que foram sinistrados constitui fato gerador autônomo do ICMS. Em relação aos itens sinistrados, deveria a remetente ter procedido ao estorno de crédito do ICMS dos insumos aplicados na sua produção, visto que não houve a concretização da operação, com a saída em definitivo das mercadorias. Deveria ainda ter emitido a nota fiscal para dar “baixa” em seu estoque dos produtos sinistrados. Por sua vez, na hipótese da carga sinistrada se encontrar amparada por contrato de seguro, haveria o ressarcimento do valor da perda das mercadorias com o pagamento do prêmio de seguro. Todavia, conforme já alinhado acima, a posterior operação de saída das 28 peças novas é tributada normalmente pelo ICMS.

A empresa fez referência ainda às operações acobertadas pelas Notas Fiscais/DANFES 18329, 18455, 18456, 18459, 18460 e 18461 (doc. fls. 232 a 239). Disse que esses documentos estão relacionados à material de embalagem metálica, remetida para análise de qualidade. Que após essa análise foi comprovado que as mesmas, não reuniam mais condições de uso sendo então vendidas como sucatas de ferro para a empresa Stamptec Indústria e Comércio de Peças Estampadas Ltda., através da Nota Fiscal nº 18463 (doc. fl. 240), com o devido recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 211,76. As operações de remessa “para análise” das condições de uso, citadas pela defesa, se destinaram às empresas M Reis Prensas, Manutenção e Comércio, situada em Guarulhos - São Paulo e Serra Verde Transporte Ltda., localizada em Itaúna - Minas Gerais. Essas remessas interestaduais “para análise das condições de uso”, não se encontravam amparadas por norma de isenção ou suspensão do ICMS. Sequer há menção nas notas fiscais emitidas pelo autuado, do dispositivo normativo em que se amparou o contribuinte para efetuar essas operações sem destaque do imposto. A regra geral é de que há incidência do ICMS em toda e qualquer saída de um estabelecimento de contribuinte para outro estabelecimento de contribuinte, salvo as exceções expressas contidas na legislação (isenção, suspensão, diferimento, imunidade tributária, não incidência etc.). No caso em exame, remessas “para análise das condições de uso” não configura hipótese excluída do campo de incidência do ICMS. Se o produto (caixa metálica) foi remetido a outro contribuinte para avaliação das condições de uso, a operação deveria ter sido tributada normalmente, inclusive por se tratar de saídas para outras unidades da federação (operações interestaduais). Em seguida poderia ter ocorrido a devolução daqueles produtos à empresa ora autuada, ainda que simbolicamente, também com destaque do ICMS e a posterior venda em definitivo dos itens considerados impróprios para uso, após transformação em sucatas. Por sua vez, a nota fiscal de venda juntada à fl. 240 (Nota Fiscal nº 18463) não faz qualquer referência ou vinculação às operações anteriores de remessas àquelas empresas, não podendo estabelecer qualquer nexo de relação entre aqueles documentos fiscais. Mantida a autuação no que se refere a essas operações.

A defesa sustenta ainda a cobrança indevida nas operações relacionadas com os DANFES listados às fls. 39 a e 40 deste PAF, integrante da peça impugnatória, alegando que os mesmos foram cancelados. Todavia, a defendente não trouxe ao processo provas documentais que atestassem o efetivo cancelamento daqueles documentos fiscais. Ademais, consultando o sistema público da NF-e (Nota Fiscal Eletrônica), através da internet, por ocasião da sessão de julgamento, na presença dos representantes do contribuinte – preposto Sidnei Antunes da Silva e advogado Rafael Sangiovanni Lima - foi constatado que os documentos fiscais se encontravam autorizados e ativos no sistema, inclusive com os eventos de emissão dos conhecimentos de transporte eletrônicos (CT-e) também autorizados e ativos.

Por fim o contribuinte disse ainda que as notas fiscais/DANFES 10.000 (doc. fl. 126), 10.045 (doc. fl. 132), 10.189 (doc. fl. 141) e 10.129 (doc. fl. 139) foram emitidas para acobertar operações de simples remessas e, posteriormente, foram corrigidos, com a indicação de se tratar de operações de vendas de mercadorias com a devida tributação pelo ICMS. Foram juntadas no processo apenas Cartas de Correção, anexadas às correspondentes Notas Fiscais, sem, todavia, a comprovação do efetivo lançamento à débito das citadas operações na conta corrente fiscal do imposto. Não houve lançamento complementar ou juntada de documentos fiscais a comprovar o débito do imposto nas operações acobertadas pelas notas fiscais acima citadas. Em decorrência, mantemos a exigência fiscal no tocante às operações em que o contribuinte alegou, sem provas, o cancelamento dos documentos fiscais e também em relação às operações em que afirmou, sem comprovar, a posterior tributação das operações indevidamente lançadas como simples remessas.

No que se refere à alegação de que a multa aplicada no Auto de Infração é extorsiva ou desproporcional, não acolho a postulação defensiva. Não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento, a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF (Regulamento do Processo

Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Ressalto, todavia, que essa matéria poderá ser submetida ao Poder Judiciário, através do manejo de ações próprias.

Destaco, ainda, que a multa por descumprimento de obrigação principal prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60% do valor do imposto não recolhido, está sujeita às reduções de valor estabelecidas no art. 45 da mesma Lei, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parelele débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal.

Ressalto, por último, que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva, não alteram os entendimentos acima expostos, visto que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

Pelas razões acima expostas, mantenho sem alterações o lançamento tributário e julgo PROCEDENTE o Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 271 a 292), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual repetiu os argumentos esposados em toda a sua Defesa, quais sejam:

- a) suscitou a nulidade da autuação em razão da ausência de fundamentação legal para justificar a classificação das mercadorias como uso e consumo e/ou peças de reposição e de clareza na apresentação das informações nos demonstrativos e planilhas anexos ao Auto de Infração, não tendo sido observados diversos princípios constitucionais, como os da motivação, moralidade e boa-fé;
- b) aduziu que a infração deve ser anulada pois o Autuante agiu com discricionariedade e subjetividade, carecendo de embasamento legal frente à realidade fática apresentada na sua Defesa, além de ter aplicado multa extorsiva, tendo sido mantidas ambas a autuação e a multa, a qual não foi sequer reduzida;
- c) afirmou que a autuação deve ser anulada porque o envio das suas mercadorias e ferramentas para reparo e para a realização de testes, viabilizadores do processo de industrialização, e o seu efetivo retorno em tempo hábil são agraciadas pela suspensão de incidência do imposto, com base no Art. 280, I, do RICMS/12, tendo sido desconsiderada a documentação que anexou, inclusive as notas fiscais de entrada que comprovam que as mercadorias retornaram ao estabelecimento de origem após os testes. Informou que são os casos das suas Notas Fiscais nº 9802, 10696, 16367 e 17284, bem como os produtos das suas Notas Fiscais nº 15261 e 17181, ainda em garantia, que não tiveram condições para reparo e foram substituídos posteriormente por novos equipamentos;
- d) relatou que alguns produtos são enviados como simples amostra, de forma gratuita e sem retorno ao estabelecimento, com a isenção prevista no Art. 265, XXI, do RICMS/12, os quais são submetidos a testes de segurança em condições extremas, para medição e controle da resistência dos materiais utilizados, não havendo como reaproveitar os mesmos para posterior revenda, sendo destruídos no processo, conforme suas Notas Fiscais nº 10192, 11128, 11139, 11140, 12643, 12864, 13215, 14951, 15393, 17555, 17659, 17853 e 17854;
- e) salientou que algumas mercadorias foram enviadas para o pátio da operadora de logística para simples armazenagem, em comodato, para acomodar as mercadorias enquanto duraria o período de férias coletivas e com posterior retorno, não havendo incidência do ICMS sobre estas operações, por não ter ocorrido a sua circulação econômica ou jurídica, com base no Art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/97, no Art. 12, IV, da Lei Complementar nº 87/96, na Súmula nº 166 do STJ e no Acórdão RE nº 466526/GO do STF. Relacionou as suas Notas Fiscais nº 9663, 9869, 9892, 9948, 9980, 9982, 10124, 10155, 10305, 10421, 10655, 10657, 10752, 10719, 14681, 14702, 14704, 14853, 14880 e 14945, bem como a sua Nota Fiscal nº 18070, relativa à simples remessa de notebook pessoal para o diretor da empresa, que se encontrava em outro Estado por questões de saúde, o qual sequer faz parte do ativo da empresa;
- f) defendeu também a não tributação quanto às remessas de produtos e devolução de embalagens ao proprietário – a montadora de veículos NISSAN, operações sem qualquer valor econômico,

por se tratar de devolução das embalagens e ferramentas de propriedade daquela montadora de veículos, utilizadas ao longo do seu contrato, com base no Art. 19, I, "b", do RICMS/97, conforme suas Notas Fiscais nº 17717 e 18328;

- g) disse que também não houve a ocorrência do fato gerador do ICMS no envio de 28 peças para fins de reposição aos produtos danificados no momento do transporte, pela transportadora SERRA VERDE, para a empresa FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA., mediante a Nota Fiscal nº 16612;
- h) pontuou a inexistência de motivo para a manutenção da infração, quanto às Notas Fiscais nº 18329, 18455, 18456, 18459, 18460 e 18461, referentes a simples remessa de material de embalagem metálica para análise de qualidade, visto que o imposto foi efetivamente recolhido por ocasião das vendas dos produtos na condição de sucatas de ferro para a empresa STAMPTEC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PEÇAS ESTAMPADAS LTDA, com o devido recolhimento de ICMS, conforme demonstra a Nota Fiscal nº 18463, já que as mesmas não possuíam mais condições de uso;
- i) alegou que a autuação deve ser anulada em relação as Notas Fiscais nºs 10000, 10045, 10047, 10189 e 10129, que foram emitidas como simples remessa e posteriormente corrigidas para operações de venda de mercadorias, tendo sido o imposto devidamente recolhido, bem como no tocante às Notas Fiscais nºs 10020, 14892 e 14893, cujo cancelamento não foi indicado no repositório oficial, apesar de terem sido canceladas pelo seu sistema, requerendo a apuração do fato e oportunizado o direito de correção e redução da multa aplicada.

Pugnou pelo recebimento do presente recurso em sua integridade e em efeito suspensivo, considerando com principal atenção os seus anexos, para reforma da Decisão ora recorrida, sendo declarado nulo o Auto de infração lavrado, haja vista os vícios contidos devidamente elencados, e a produção de provas utilizando-se de todos os meios permitidos no Direito e em especial, mas não exclusivamente, a posterior juntada de documentos visando o encontro da verdade material.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em razão de o contribuinte ter realizado operações tributáveis, compreendendo saídas de peças automotivas e outros produtos para os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Santa Catarina, sem destaque e recolhimento do ICMS, declaradas em sua escrita fiscal como não tributáveis.

O Autuado suscitou a nulidade da autuação em razão da ausência de fundamentação legal para justificar a classificação das mercadorias como uso e consumo e/ou peças de reposição e de clareza na apresentação das informações nos demonstrativos e planilhas anexos ao Auto de Infração, não tendo sido observados diversos princípios constitucionais, como os da motivação, moralidade e boa-fé.

Verifico que não assiste razão ao Autuado, já que o Auto de Infração cumpre todos os requisitos do Art. 39 do RPAF/99, estando as operações relacionadas no demonstrativo anexado (fls. 09 a 17), plenamente identificadas, e com a ciência registrada pelo representante do Autuado, conforme procuração também anexada (fl. 21).

Apesar da alegação da ausência de fundamentação legal para classificação das mercadorias como uso e consumo e/ou peças de reposição, o que não se relaciona aos autos em razão da infração se referir a saídas de mercadorias, ficou sobejamente demonstrado tanto em sua Defesa quanto em seu Recurso Voluntário que o Autuado possui pleno conhecimento dos motivos da autuação, executando sua defesa com detalhamento das operações, e revelando os demais questionamentos quanto ao seu mérito.

Afasto, portanto, as arguições de nulidade.

O Autuado alegou diversas razões para a falta de tributação das suas saídas, as quais passo a analisar cada uma.

O Autuado afirmou que o envio das suas mercadorias e ferramentas para reparo e para a realização de testes, viabilizadores do processo de industrialização, e o seu efetivo retorno em tempo hábil são agraciadas pela suspensão de incidência do imposto, com base no Art. 280, I, do RICMS/12, tendo sido desconsiderada a documentação que anexou, inclusive as notas fiscais de entrada que comprovam que as mercadorias retornaram ao estabelecimento de origem após os testes. Informou que são os casos das suas Notas Fiscais nº 9802, 10696, 16367 e 17284, bem como os produtos das suas Notas Fiscais nº 15261 e 17181, ainda em garantia, que não tiveram condições para reparo e foram substituídos posteriormente por novos equipamentos.

Verifico que ocorreu o retorno dos produtos das referidas operações, de forma parcial em relação às Notas Fiscais nºs 9802 e 16367 e total para as Notas Fiscais nºs 10696 e 17284, em relação aos quais a infração não deve ser mantida. Já as operações com os produtos das suas Notas Fiscais nºs 15261 e 17181, ainda em garantia, que não tiveram condições para reparo, não ficou comprovado o seu retorno e devem ser tributadas. Observo que nem todos os itens das suas Notas Fiscais nºs 10696 e 16367 foram objeto de autuação. Portanto, acolho parcialmente as alegações do Autuado para reduzir os seguintes valores:

Ocorrência	Data	NF	Qtde. Total	Qtde. Restante	Preço	Alíquota	ICMS
28/02/2014	03/02/2014	9802	87	27	1,00	12%	7,20
29/05/2014	31/05/2014	10696	1	0	1,90	12%	0,23
29/05/2014	31/05/2014	10696	1	0	2,44	12%	0,29
29/05/2014	31/05/2014	10696	1	0	2,17	12%	0,26
03/06/2015	30/06/2015	16367	1	0	250,00	12%	30,00
28/09/2015	30/09/2015	17284	1	0	11.400,00	12%	1.368,00
Valor Total							1.405,98

O Autuado relatou que alguns produtos são enviados como simples amostra, de forma gratuita e sem retorno ao estabelecimento, com a isenção prevista no Art. 265, XXI, do RICMS/12, os quais são submetidos a testes de segurança em condições extremas, para medição e controle da resistência dos materiais utilizados, não havendo como reaproveitar os mesmos para posterior revenda, sendo destruídos no processo, conforme suas Notas Fiscais nºs 10192, 11128, 11139, 11140, 12643, 12864, 13215, 14951, 15393, 17555, 17659, 17853 e 17854.

Conforme declarou em sua própria Defesa, os produtos finais levados a testes de segurança são submetidos a condições extremas de medição e controle de resistência, não havendo como serem reaproveitados para posterior revenda, ou seja, estes produtos são integralmente consumidos em estabelecimentos de terceiros, se inutilizando por ocasião dos testes de resistência, devendo ser baixados do estoque final após retorno.

Não há como enquadrar os referidos produtos como “amostras grátis”, pois não se destinam a promover comercialmente o produto destinado a venda a consumidor final nem são distribuídas gratuitamente em quantidades inferiores àquelas contidas nas embalagens destinadas à venda dos produtos colocados no comércio varejista, não podendo ser enquadrado no Art. 265, XXI, do RICMS/12. Assim, não há como acolher as alegações recursais em relação a essas operações.

O Autuado salientou que algumas mercadorias, constantes das suas Notas Fiscais nºs 9663, 9869, 9892, 9948, 9980, 9982, 10124, 10155, 10305, 10421, 10655, 10657, 10752, 10719, 14681, 14702, 14704, 14853, 14880 e 14945, foram enviadas para o pátio da operadora de logística para simples armazenagem, em comodato, para acomodar as mercadorias enquanto duraria o período de férias coletivas e com posterior retorno, não havendo incidência do ICMS sobre estas operações, por não ter ocorrido a sua circulação econômica ou jurídica, com base no Art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/97, no Art. 12, IV, da Lei Complementar nº 87/96, na Súmula nº 166 do STJ e no Acórdão RE nº 466526/GO do STF.

Não há, nas notas fiscais, a indicação de que se trata de remessa para armazenagem. Além disso, a legislação tributária do Estado da Bahia exige a tributação das operações interestaduais para prestação de serviços de armazenagem e controle de estoques. Trata-se, portanto, de operações tributadas normalmente, não havendo para essas remessas previsão legal de suspensão da incidência do ICMS ou mesmo outra disposição normativa estabelecendo a não incidência do imposto nas remessas para armazenagem em estabelecimento de contribuinte localizado em outra unidade da Federação. Mantenho a exigência fiscal em relação a essas operações.

No tocante ao notebook acobertado pela Nota Fiscal nº 18070, relativa à simples remessa de notebook pessoal para o diretor da empresa, que se encontrava em outro Estado por questões de saúde, o qual sequer faz parte do ativo da empresa, o Autuado não trouxe ao processo o documento que comprovasse o seu retorno, mediante a emissão de nota fiscal, nem nenhuma prova de que não se tratava de bem da empresa. Portanto, está configurada a desincorporação do bem, situação em que a operação de saída deveria ter sido oferecida à tributação.

Ressalto ainda que a Súmula nº 166 não se aplica às operações interestaduais, conforme estabelecido no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, muito menos às saídas destinadas a terceiros, conforme registrado nas notas fiscais.

O Autuado defendeu também a não tributação quanto às operações acobertadas pelas suas Notas Fiscais nºs 17717 e 18328, operações sem qualquer valor econômico, por se tratar de devolução das embalagens e ferramentas de propriedade da montadora de veículos NISSAN, utilizadas ao longo do seu contrato, com base no Art. 19, I, “b”, do RICMS/97.

Não há nenhuma prova de que realmente se trata de devoluções de embalagens e ferramentas acobertadas por isenção do imposto. A Nota Fiscal nº 18328, relativa a ferramentas, não foi emitida para a referida montadora de veículos NISSAN, mas para a empresa STAMPTEC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PEÇAS ESTAMPADAS LTDA, e nenhuma das notas fiscais relacionadas contém os dados da nota fiscal de entrada para comprovar que se trata de retorno, constando nelas o CFOP 6.949. Assim sendo, também não acolho tal alegação recursal.

O Autuado disse que também não houve a ocorrência do fato gerador do ICMS no envio de 28 peças para fins de reposição aos produtos danificados no momento do transporte, pela transportadora SERRA VERDE, mediante a Nota Fiscal nº 16612, para a empresa FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.

Em relação aos itens sinistrados, o Autuado deveria ter procedido ao estorno de crédito do ICMS dos insumos aplicados na sua produção, visto que não houve a concretização da operação com a saída em definitivo das mercadorias, bem como ter emitido a competente nota fiscal para dar “baixa” dos produtos sinistrados em seu estoque. Independente disso, a saída de produtos novos para reposição de itens sinistrados constitui fato gerador autônomo do ICMS, sendo a posterior operação de saída das 28 peças novas tributada normalmente pelo ICMS.

O Autuado sustentou a inexistência de motivo para a manutenção da infração quanto às Notas Fiscais nºs 18329, 18455, 18456, 18459, 18460 e 18461, referentes a simples remessa de material de embalagem metálica para análise de qualidade, sob o argumento de que o imposto foi efetivamente recolhido por ocasião das vendas dos produtos na condição de sucatas de ferro para a empresa STAMPTEC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PEÇAS ESTAMPADAS LTDA, com o devido recolhimento de ICMS, mediante o destaque na Nota Fiscal nº 18463, já que as mesmas não possuíam mais condições de uso.

As remessas interestaduais para “análise de qualidade” não configuram hipóteses excluídas do campo de incidência do ICMS, nem há qualquer menção nas notas fiscais de que as operações se encontravam amparadas por norma de isenção ou suspensão do ICMS, ou qualquer outro motivo para o imposto não ter sido destacado. A regra geral é de que há incidência do ICMS em toda e qualquer saída de um estabelecimento de contribuinte para estabelecimento de outro contribuinte,

salvo as exceções expressas contidas na legislação (isenção, suspensão, diferimento, imunidade tributária, não incidência, etc.). Também não há qualquer vinculação entre a Nota Fiscal nº 18463 e as Notas Fiscais nºs 18329, 18455, 18456, 18459, 18460 e 18461. Assim, também não acolho os argumentos recursais.

O Autuado alegou que a autuação deve ser anulada em relação as Notas Fiscais nºs 10000, 10045, 10047, 10189 e 10129, que foram emitidas como simples remessa e posteriormente corrigidas para operações de venda de mercadorias, tendo sido o imposto devidamente recolhido, bem como no tocante às Notas Fiscais nºs 10020, 14892 e 14893, cujo cancelamento não foi indicado no repositório oficial, apesar de terem sido canceladas pelo seu sistema, requerendo a apuração do fato e oportunizado o direito de correção e redução da multa aplicada.

Não há, nos autos, nenhuma prova de que as Cartas de Correção, anexadas às correspondentes Notas Fiscais nºs 10000, 10045, 10047, 10189 e 10129, sem a emissão da exigida nota fiscal complementar, resultaram em efetivo lançamento à débito das citadas operações na conta corrente fiscal do imposto. Também não foi comprovada a existência de lançamento complementar ou juntada de documentos fiscais para comprovar o débito do imposto nas referidas operações. Quanto às Notas Fiscais nºs 10020, 14892 e 14893, tais documentos se encontram autorizados no sistema, inclusive com os eventos de emissão dos conhecimentos de transporte eletrônicos (CT-e) também autorizados. Os argumentos recursais também não foram acolhidos.

Quanto ao argumento de que a multa é extorsiva, saliento que, a teor do Art. 167, I e III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, e é certo que a multa aplicada está prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Já o Art. 158 do citado RPAF/99 determina que apenas as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras deste CONSEF, e desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado em falta de recolhimento de tributo, o que não é o caso em tela, em que a infração imputada se refere à falta de recolhimento de tributo em operações tributáveis.

Saliento que não foram apresentados novos documentos, ou qualquer prova produzida por meio diverso, após o Recurso Voluntário que pudesse modificar a decisão.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para julgar o presente Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$235.780,80, conforme demonstrativo a seguir:

Ocorrência	Vencimento	ICMS AI	ICMS 2ª CJF	Multa
31/01/2014	03/02/2014	10.877,76	10.877,76	60%
28/02/2014	31/05/2014	31.808,47	31.801,27	60%
31/03/2014	31/05/2014	32.633,44	32.633,44	60%
30/04/2014	31/05/2014	12.789,63	12.789,63	60%
31/05/2014	30/06/2015	21.690,06	21.689,28	60%
30/06/2014	30/09/2015	49.357,03	49.357,03	60%
31/08/2014	03/02/2014	152,90	152,90	60%
30/09/2014	31/05/2014	37,46	37,46	60%
30/11/2014	31/05/2014	9,69	9,69	60%
31/12/2014	31/05/2014	14.915,53	14.915,53	60%
31/01/2015	30/06/2015	24.726,69	24.726,69	60%
28/02/2015	30/09/2015	61,01	61,01	60%
30/04/2015	03/02/2014	4.965,60	4.965,60	60%
30/06/2015	31/05/2014	256,56	226,56	60%
30/09/2015	31/05/2014	1.488,00	120,00	60%
30/11/2015	31/05/2014	76,39	76,39	60%
31/12/2015	30/06/2015	126,87	126,87	60%

31/01/2016	30/09/2015	105,84	105,84	60%
31/03/2016	31/05/2014	720,00	720,00	60%
31/07/2016	30/06/2015	27.018,25	27.018,25	60%
30/11/2016	30/09/2015	3.369,60	3.369,60	60%
Valor Total		237.186,78	235.780,80	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278996.0002/17-8**, lavrado contra **KSR AUTOMOTIVE INDÚSTRIA DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$235.780,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS