

A. I. Nº - 087461.0006/19-8
AUTUADO - ITF CHEMICAL LTDA.
AUTUANTES - EDMUNDO NEVES DA SILVA, HELIO SILVA DAMASCENO e ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ INDÚSTIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/10/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0217-04/22-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. Há contradição entre a acusação e a apuração do débito constante nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2018, exige ICMS, no valor de R\$ 243.336,20, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*.

Consta ainda a seguinte informação: *“Recebimento de mercadorias do exterior sob CFOP 3949, sob isenção do imposto com fundamento no art. 265, XLI, al. B, do RICMS/2012, que trata de recebimento do exterior de mercadoria em substituição a entrada anterior cuja mercadoria fora devolvida por defeito. No entanto, não indicou quais notas fiscais foram emitidas anteriormente”*.

O autuado, através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 13 a 33, e após falar sobre a tempestividade faz uma síntese dos fatos dizendo tratar-se de Auto de Infração lavrado em 27/12/2018, no valor de R\$ 463.847,46 (quatrocentos e sessenta e três mil, oitocentos e quarenta e sete reais e quarenta e seis centavos), atualizado até dezembro/2018, relativo a suposta infração à legislação de ICMS. O período fiscalizado está compreendido entre 01/01/2015 a 31/12/2015.

Aduz que o Auditor Fiscal alega que a empresa autuada incorreu em violação a artigos do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, bem como Lei nº 7.014/96, sob o fundamento de que a empresa contribuinte teria recebido do exterior mercadoria em substituição a entrada anterior, que teria sido devolvida por defeito, sem indicação das notas fiscais que foram emitidas anteriormente.

Diante desta suposta infração, o Autuante entendeu por bem imputar à Impugnante as multas previstas na Lei nº 7.014/96, e suas alterações, no percentual de 60% do valor do imposto apurado.

Ressalta que com a presente peça, a empresa Impugnante visa a baixa deste Auto de Infração, ante a demonstração de inoccorrência da suposta infração.

Abre o tópico denominado “DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR VICIO MATERIAL. ERRO NA CAPITULAÇÃO DA SUPOSTA INFRAÇÃO”, afirmando que a presente autuação não merece ser acolhida, devendo ser extinta antes do julgamento do mérito, em vista de diversas irregularidades no momento de sua lavratura, que ocasionam o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e, consequentemente a nulidade da autuação como um todo.

Entende ter havido erro de capitulação da suposta e teórica infração imputada à ora Impugnante, circunstância que enseja a nulidade de todo procedimento fiscal, por não atender as previsões do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal neste Estado, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Após transcrever o disposto no artigo 18 do citado Decreto diz que são anuláveis os lançamentos que apresentem vícios nos pressupostos (vício formal), os quais integram o procedimento preparatório do lançamento, e, nulos aqueles que apresentam vícios nos requisitos (vício material), os quais decorrem da norma jurídica tributária.

Fala sobre as diferenças entre vício formal e vício material, transcrevendo definições do Auditor Fiscal Raimundo Parente de Albuquerque Júnior, no seu Trabalho Acadêmico sobre Nulidades no Lançamento Tributário.

Arremata que o vício material diz respeito ao conteúdo do lançamento (motivo da autuação fiscal e seus valores monetários, diante do fato, das provas e do direito aplicável ao fato, base de cálculo, desconhecimento da natureza do fato). Ou seja, tem por fundamento aspectos de mérito do lançamento que implica na falta de certeza e liquidez. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e também a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme Ementas sobre o tema que transcreveu.

No presente caso, a Fiscalização não observou o quanto disposto na legislação estadual, na medida em que incorreu em erro na capitulação da suposta infração imputada à Impugnante, tratando desatendimento de obrigação formal de emissão de documento fiscal, como descumprimento de obrigação acessória, bem como pretendendo caracterizar operação de circulação de mercadoria, quando a mesma remanesce armazenada no estabelecimento da Impugnante, maculando, assim, todo o lançamento fiscal.

Informa que a Fiscalização considerou que a empresa contribuinte incorreu em infração ao art. 332, I, do RICSM/Ba, que trata do prazo de recolhimento do ICMS pelos contribuintes sujeitos ao regime de conta corrente fiscal, bem como violação aos artigos 2º, I, e 32 da Lei nº 7.014/96, que igualmente dispõem sobre o fato gerador e a forma de recolhimento do imposto. Isto é, não foi imputado à empresa a prática de qualquer infração tipicamente especificada, mas forçosamente de ausência de recolhimento do imposto, em operação originalmente alcançada pela não incidência do imposto, de modo a restar caracterizado erro na capitulação da infração que ensejaria a lavratura de um Auto de Infração. Até mesmo a penalidade aplicada na espécie é ‘genérica’, a prevista na alínea ‘f’ do inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96, cuja redação transcreveu.

Entende que não há que se falar em infração que implique em descumprimento de obrigação tributária principal, ante a ausência de circulação da mercadoria, que remanesce no estabelecimento da Impugnante, portanto, o vício incorrido na exigência recai sobre a própria constituição do crédito, contaminando irremediavelmente o próprio lançamento. Houve, portanto, vício substancial, não meramente formal, sob a ótica de que a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, definidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, constituem-se em elementos fundamentais, intrínsecos, do lançamento, sem cuja delimitação precisa não se poderia admitir a existência da obrigação tributária em concreto.

Ressalta que o levantamento e observância desses elementos básicos antecedem e seriam preparatórios à formalização do lançamento, a qual se dá no momento seguinte, mediante a lavratura do auto de infração e consequente notificação ao sujeito passivo, quando, aí sim, deverão estar presentes os seus requisitos formais, extrínsecos, como, por exemplo, a assinatura do autuante, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Dessa forma, considerando que a ação fiscal ora atacada carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança a teórica infração imputada ao contribuinte, encontra-se o lançamento eivado de vícios insanáveis que inquinam de nulidade a peça acusatória, devendo ser decretada a nulidade do Auto de Infração.

No entanto, em que pese a nulidade que inquina a existência e validade da autuação, informa que prosseguirá buscando demonstrar a improcedência da peça impositiva em relação ao mérito da infração que lhe fora imputada, em observância ao princípio da eventualidade, que nada mais é

do que a obrigação da parte produzir de uma só vez, todas as alegações e requerimentos, ainda que estas razões sejam excludentes e incompatíveis umas das outras.

Ao adentrar no mérito ressalta que se trata de empresa que se dedica a produção e comercialização de substâncias químicas intermediárias e acabadas, podendo ainda desenvolver atividades de produção e comércio de produtos farmacêuticos, para farmacêuticos, medicinais, de diagnóstico e sanitários, conforme consta de seu contrato social (Doc. 01).

Assevera que sempre cumpriu corretamente com suas obrigações tributárias, obedecendo ao Regulamento do ICMS e demais legislações aplicáveis, foi surpreendida com a autuação e nesta oportunidade pretende demonstrar o equívoco cometido por parte do fisco baiano.

Afirma que se trata de operação de entrada de mercadoria vinda do exterior, representada pela DI nº 15/1811884-6 (**Doc. 02**). Transcreve o teor da citada Declaração e diz que se refere a entrada de mercadoria originária do exterior e que decorreu de devolução de mercadoria exportada a cliente estrangeiro através dos Registros de Exportação listados, em decorrência de problema na qualidade do produto.

Copia trecho da solicitação do importador estrangeiro de devolução das mercadorias adquiridas da ora Impugnante, cuja íntegra do e-mail segue em anexo (**Doc. 03**), e em seguida afirma que o RICMS/Ba disciplina estas operações no inciso XLI, alínea 'a', do art. 265, cujo teor transcreveu e acrescenta que a disciplina está fundamentada no Convênio ICMS 18/95, que possui o seguinte teor:

Cláusula primeira

Ficam isentas do ICMS as seguintes operações:

I - recebimento, pelo respectivo exportador, em retorno de mercadoria exportada que:

b) tenha sido recebida pelo importador localizado no exterior, contendo defeito impeditivo de sua utilização;

§ 1º O disposto nesta cláusula somente se aplicará quando não tenha havido contratação de câmbio e, nas hipóteses dos incisos I, II, III, IV, V e VI, a operação não tenha sido onerada pelo Imposto de Importação.

Analisando-se o teor da Declaração de Importação através da qual a entrada de mercadorias foi registrada, identifica-se claramente o atendimento ao conteúdo do § 1º do dispositivo normativo acima transcrito, posto que não houve contratação de câmbio, bem como a operação não sofreu a incidência do Imposto de Importação.

Além destas exigências, tanto o RICMS/Ba quanto o Convênio 18/95 não trazem quaisquer outras obrigações que condicionem o gozo da isenção, como o quer a Fiscalização, que descaracterizou a mesma sob o fundamento de que a empresa contribuinte não teria indicado quais notas fiscais emitiu anteriormente.

Caso a indicação das notas fiscais das saídas originais fosse obrigatória, a contribuinte não teria conseguido emitir a GLME – Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem comprovação de recolhimento de ICMS, através da qual foi possível o desembaraço das mercadorias devolvidas (**Doc. 04**).

Entende que a Fiscalização criou nova obrigação acessória para a operação de entrada de mercadoria decorrente de devolução de importador estrangeiro, com conversão da mesma em obrigação principal, inclusive, na medida em que promoveu a cobrança de imposto com multa.

Referida conduta se revela arbitrária e em completo descompasso com as previsões legais e normativas que disciplinam a operação, contemplada com isenção, justamente como forma de não onerar o contribuinte exportador, com benefício para toda a cadeia produtiva e arrecadatória deste Estado. Daí porque resta descaracterizada a infração imputada à Impugnante, fazendo-se mister o acolhimento da presente defesa, com a improcedência da autuação.

Conforme exposto anteriormente, a Fiscalização imputou à ora Impugnante a prática de infração à

legislação tributária que decorreria de suposto erro de formalidade, qual seja, não indicar as notas fiscais das operações originárias de exportação, o qual seria capaz de inquinar a isenção de ICMS concedida pela legislação estadual à real operação por si praticada.

Ainda que se considere que a Impugnante teria obrigação de indicar as notas fiscais quando da importação das mercadorias devolvidas pelo cliente estrangeiro, o fato de a mesma não ter promovido dita indicação não possui o condão de descaracterizar a real operação realizada, seja porque não se trata de requisito substancial para a validade do ato, seja porque devem prevalecer as operações efetivamente realizadas, em atenção ao princípio da busca da verdade real/material que norteia o processo administrativo, combinado com os princípios da razoabilidade e boa-fé.

Lembra que mesmo que assim se pretendesse, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o erro formal não possui a capacidade de inquinar operações que tenham sido realizadas pelo contribuinte e transcreve decisão nesse sentido através do RECURSO ESPECIAL Nº 1.490.290 - SC (2014/0272856-0) e também decisão no âmbito do processo administrativo federal, no caso, CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

Lembra que legalidade objetiva na tipificação da incidência do tributo na espécie, e a verdade material decorrente desta, necessitam ser analisadas pela autoridade administrativa, com vista inclusive a redução de passivo para o próprio Estado, na medida em que eventual e futura cobrança judicial de crédito tributário eivado de nulidade ocasionará a condenação do ente nos ônus da sucumbência.

A matéria de direito veiculada na defesa apresentada pelo contribuinte deve ser conhecida pelos julgadores administrativos, na medida em que demonstra a pronta improcedência da autuação. E essa é justamente a premissa para conhecimento da mesma, ante a verdade material que vige no processo administrativo no âmbito deste Estado.

Fala sobre o processo administrativo, a atividade fiscalizadora da Administração Tributária, que nunca poderá violar os direitos e garantias individuais do contribuinte, e por este motivo, é garantido ao particular o direito ao devido processo legal e todas as demais garantias constitucionais. Este processo tem por finalidade garantir soluções para conflitos entre Administração e Administrados, praticando a revisão da legalidade de seus atos, no sentido de discutir uma possível ilegalidade no ato administrativo e de minimizar os efeitos de possíveis equívocos que, porventura, os agentes da administração possam ter cometido, durante a execução das atividades de sua competência, sem que para isso, tenha que recorrer ao judiciário.

Transcreve lições de Celso Antônio Bandeira De Mello e Hely Lopes Meirelles sobre a verdade material para afirmar que a autoridade julgadora tem o dever de analisar as provas apresentadas pelo contribuinte. Deixar de lado provas lícitas no momento da decisão é deixar de lado as garantias de defesa, se tornando o Processo Fiscal em um verdadeiro processo inquisitorial, pois concretamente estará nas mãos da autoridade julgadora, que ocupa, simultaneamente, as funções de acusador e defensor, tendo em vista que de nada adiantará o sujeito passivo apresentar provas que não serão levadas em conta no processo.

Acrescenta que o Código Tributário Nacional contempla, inclusive, a aplicação do princípio da verdade material em seu texto, no §2º do art. 147, o qual infere-se que, eventual lançamento constituído sem observar o princípio da verdade material, poderá ser desconsiderado judicialmente, gerando assim prejuízos ao erário, tendo em vista que serão grandes as chances de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais.

Transcreve a Súmula nº 473 do STF e conclui que não pode a Administração exigir que determinada afirmação sobre um fato só se considere provada através do meio de prova “X”, se através de outros meios de prova a Administração consegue chegar à certeza de que aquele mesmo fato ocorreu. Portanto, ainda que se considere que a Impugnante incorreu em descumprimento de obrigação acessória quando não promoveu a escrituração do retorno simbólico da mercadoria que havia sido remetida para armazém geral, não há que se falar em

infração hábil à descaracterização da hipótese de não incidência do imposto, sob pena da forma prevalecer sobre a verdade dos fatos, principalmente quando se verifica que não houve qualquer prejuízo para os cofres públicos, pelo que não está o Fisco Estadual autorizado a lhe impor penalidade tão severa.

Acrescenta que um ponto importante que deve ser considerado é que a lavratura do Auto de Infração em epígrafe pela autoridade administrativa configura claro enriquecimento ilícito do Fisco Baiano, em detrimento do exercício da atividade empresarial de contribuinte de boa-fé.

Transcreve doutrinas e ensinamentos sobre o enriquecimento ilícito e afirma que na situação em tela, sem sombra de dúvidas, se o lançamento realizado na presente autuação for mantido, resultará cobrança de tributo e multa claramente indevidos, permitindo assim o enriquecimento do Fisco Federal, sem causa que o justifique, tendo em vista a (i) impossibilidade de a autoridade administrativa promover o próprio lançamento tributário, bem como (ii) a inocorrência da infração em si, dado que não houve saída de mercadoria do estabelecimento da Impugnante hábil a justificar a cobrança de tributo, o que não pode ser aceito.

Entende que o bom senso recomenda o julgamento deste Auto de Infração pela improcedência, o que se faz observando os princípios da verdade material e da moralidade administrativa, pois, caso esta Douta Delegacia de Julgamento insista na cobrança indevida, estará punindo contribuinte que sempre agiu dentro da legalidade observando todas as regras impostas pela legislação, o que seria, de fato, inaceitável.

Ressalta ainda que, eventual omissão praticada pela contribuinte acerca da indicação das notas fiscais das exportações de origem, o que se cogita apenas a título argumentativo, não provocou prejuízo econômico ao Erário Público, na medida que do mesmo modo, tratar-se-ia de operações sujeitas a não incidência do imposto.

Daí porque este Conselho de Fazenda Estadual praticará medida de justiça fiscal julgando improcedente o presente Auto de Infração, resultante de um equívoco da Fiscalização.

A seguir, aborda outros aspectos tidos como abusivos do Auto de Infração uma vez que tendo em vista o cometimento de suposta infração, lhe foram aplicadas as penalidades previstas no artigo 42, da Lei 7.014/96, e suas alterações, todavia a Constituição Federal em seu artigo 150, inciso IV, devidamente copiado, veda a utilização do tributo com efeito de confisco. Elucida, diante das imputações tecidas pela autuante, o alcance do dispositivo constitucional em tela, tendo em vista a inexistência de critério delimitador da atividade arrecadatória do Fisco, bem como a menção expressa de que o caráter predatório não será aplicado à cobrança de tributo, não sendo assim mencionada expressamente a penalidade decorrente do descumprimento das obrigações tributárias, quer principal, quer acessória.

Menciona dispor o caput do artigo constitucional em análise que a Administração Tributária deverá respeitar não só os princípios insculpidos no seu bojo, como também as garantias asseguradas ao contribuinte, existentes nas demais disposições da Carta Magna.

Destaca o direito de propriedade preconizado no artigo 5º, inciso XXII, da Carta Política, e que resguarda a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional a prerrogativa de não terem seu patrimônio dilapidado sem prévia indenização, ou, quando da atuação dos agentes tributários, sem a existência de arrecadação extremada e o fato da vedação do efeito de confisco da atuação fiscal do Estado e das entidades que detêm a capacidade tributária tem estreita relação com o direito de propriedade do contribuinte, conforme elucida Bernardo Ribeiro de Moraes, na forma do texto copiado.

Fala estar o confisco por meio de tributos ligado aos direitos de propriedade, e esta não pode ser transferida, sem razão, por ação das autoridades públicas, do patrimônio do particular para o de outro, nem mesmo para o Poder Público, sem a vontade do proprietário e por tal raciocínio, a extensão da atuação tributária deve respeitar o patrimônio do contribuinte, retirando assim, de seu domínio, apenas parcela que não afete a sua integralidade.

Anota ser o segundo aspecto analisado referente à aplicabilidade de tais garantias quando da atuação punitiva do Estado, decorrente do suposto descumprimento pela Impugnante, no caso, de obrigação tributária, e, considerando que os princípios em análise são aplicados quando da atuação fiscal do Estado, é imperiosa a conclusão de que tal garantia do contribuinte envolve também a dosagem da punibilidade a ser aplicada em virtude de eventual descumprimento de obrigação tributária. De fato, verifica que a valoração da multa deve estar em perfeita consonância com o princípio que veda o confisco na exigência exacional, sob pena da ocorrência de dilapidação do patrimônio do infrator da obrigação fiscal, trazendo entendimento de Paulo César Baria de Castilho e Sacha Calmon Navarro Coelho, para concluir que a multa não pode ter caráter confiscatório, logo, é perfeitamente cabível sua redução em face de valor excessivo, em nome dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Aduz que a Autoridade Fiscalizadora, ao imputar multa de 60% (sessenta por cento) sobre o valor da operação, acaba por confiscar parte do patrimônio da empresa impugnante, uma vez que as supostas infrações cometidas, mesmo que fossem verdadeiras, não justificam a multa extorsiva exigida nos presentes autos, violando os mais mezinhos preceitos constitucionais, e por outro lado, a aplicação de multa tem como função apenas a punição ao contribuinte pelo descumprimento de determinada obrigação, e não efetuar a recomposição do Erário – o que já está sendo feito pela exigência do valor do imposto, invocando, mais uma vez, lição doutrinária de Heron Arzua, Dirceu Galdino.

Notícia que os Tribunais têm reduzido a multa flagrantemente confiscatória a padrões punitivos que não representam enriquecimento ilícito do Fisco e neste ponto, traz à baila o entendimento do STF sobre a questão, em julgamento pelo Pleno, conforme trechos inseridos.

Conclui sua impugnação com os seguintes pedidos:

- a) lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, requerendo, de logo, a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários, inclusive a realização de revisão fiscal efetuada por fiscal estranho ao feito, através da ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF, com vistoria técnica no estabelecimento da Impugnante, sob pena de cerceamento ao direito de defesa, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal;*
- b) em preliminar, seja reconhecida a NULIDADE DA AUTUAÇÃO por vício material, ante o erro de capitulação da suposta infração cometida;*
- c) no mérito, seja julgada TOTALMENTE IMPROCEDENTE A AUTUAÇÃO, como efetivamente o é, dentro da fundamentação acima apresentada, expurgando os juros cumulativos e a multa em percentual confiscatória, utilizando-se o bom senso e aplicando-se a melhor norma constante do RICMS, por ser medida de direito e JUSTIÇA.*

Protesta pela juntada posterior de instrumento de mandato, regularizando sua representação processual, nos termos do inciso XXXIV do art. 5º da CF e § 1º do art. 104 do CPC 2015, aplicáveis subsidiariamente ao caso.

Por fim, requer que todas as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome dos advogados que indicou.

Os autuantes apresentam a Informação Fiscal de fls. 64 a 65 afirmando que o documento que deu origem ao lançamento, a nota fiscal de entrada nº 5116, de 16/10/2016, tendo como natureza da operação “outras entradas” – CFOP 3949, trata de entrada do exterior de Ferrolat – succilanato proteína de ferro, procedente da empresa Italfarmaco S/A., estabelecida na Espanha.

A referida NF não traz destaque do ICMS, tendo como fundamento legal a ISENÇÃO do art. 265, inc. XLI, alínea b, do RICMS /BA (Dec. 13780/12).

Este dispositivo se refere à entrada de mercadoria remetida do exterior, em substituição a uma remessa anterior que fora devolvida pelo importador, por defeito impeditivo de sua utilização. Portanto, trata-se de reposição de mercadoria recusada.

O caso implica necessariamente nas seguintes etapas:

- 1) A autuada anteriormente recebeu uma remessa da mesma mercadoria, emitiu nota fiscal de entrada onde destacou e pagou o ICMS sobre aquela importação.
- 2) Verificou, contudo, que a mercadoria estava fora das especificações e a devolveu, mediante nota fiscal cujo CFOP seria 7201 ou 7202.
- 3) Recebeu, em substituição àquela que fora devolvida, outra remessa da mercadoria para a qual emitiu nota fiscal de entrada, esta sem destaque do imposto, que já fora paga na etapa 1.

Entendem que a isenção indicada na nota fiscal 5116, contempla uma operação que é consequência de duas anteriores, estando a essas vinculada.

Por este motivo, solicitaram da empresa cópia das notas fiscais das etapas 1 e 2, a fim de comprovar que se trata deste tipo de operação, bem como comprovar que o imposto já fora recolhido anteriormente.

Não tendo a empresa comprovado o atendimento a esta condição, exigida pelo próprio dispositivo legal, foi calculado e exigido o ICMS, como a uma importação qualquer, normalmente tributada.

Concluem afirmando que a defesa se restringe a aspectos formais do lançamento, os quais improcedem, já que foram atendidas as formalidades legais, e, contudo, silencia sobre o mérito, apresentando apenas cópia da DI, quando teve a oportunidade de dar explicações e apresentar as notas fiscais e demais documentos envolvidos.

Opinam pela manutenção do Auto de Infração.

Em respeito ao princípio da verdade material e da ampla defesa que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que devem ser observados, esta 4ª JJF, na sessão suplementar realizada em 18/06/20, decidiu converter o presente processo à ASTEC / CONSEF – Assessoria Técnica do CONSEF, para que o diligente designado tomasse as seguintes providências:

- a) Intimasse a empresa a apresentar os documentos necessários a fim de comprovar que a operação do presente lançamento, referente à nota fiscal nº 5116 de fato está enquadrada no inciso XLI, alínea “a”, do art. 265 do RICMS/Ba.
- b) Caso o defendente atendessem a solicitação acima, examinasse os elementos apresentados e anexasse aos autos cópias dos referidos documentos, informando se de fato às operações informadas na mencionada nota fiscal se referem a devolução de mercadorias anteriormente exportadas.

Após foi solicitado que o sujeito passivo e autuantes fossem cientificados, fornecendo-lhes no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Em atendimento a diligência foi elaborado o Parecer de nº 003/22, fls. 90 a 97 onde o auditor Antonio Expedito Santos de Miranda informou que em atendimento a intimação dirigida ao autuado foram apresentados os seguintes documentos:

- *Extrato da Declaração de Importação nº 15/1811884-04.*
- *Invoice.*
- *Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS – GLME nº 201517501.*
- *DANFes das NFs (Operações de Exportação) nºs: 2981; 3555; 2461; 4180; 4161; 4071 e 4369.*
- *Resumos de Extratos de Registro de Exportação, referentes às RE's nºs: 13/0520442-001; 13/1248832-001; 14/0333917-001; 14/0335094-001; 14/1228316-001; 14/1374599-001; 14/1441743-001 e 15/0114431-001.*
- *Extratos de Declaração de Despacho, referentes às DDE's nºs: 2130389523/4; 2130954638/0; 2140255138/0; 2140950942/7; 2141066064/8; 2141117389/9; 2141140599/4 e 2150086870/1.*

Em seguida diz que após as devidas análises da documentação acima indicadas concluiu que a nota fiscal nº 5116(fl. 05), no que tange aos itens:

- (i) “2”; “4”; “5”; “6” e “7” nela contidos, se referem à devolução de mercadorias anteriormente exportadas para a mesma empresa que as está devolvendo e, portanto, alcançadas pela isenção prevista no art. 265, XLI, “a”, “2”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), devendo os valores da exigência fiscal a eles vinculados ser excluídos do total do crédito tributário reclamado.
- (ii) “1”; “3” e “8”, não se referem à devolução de mercadorias anteriormente exportadas para a mesma empresa que as estaria supostamente devolvendo, qual seja a ITALFARMACO S.A., vez que destinadas às empresas CHEMI S.P.A. e ACS DOBFAR INFO AS, importação, portanto, não enquadrada na regra de isenção prevista no art. 265, XLI, “a”, “2”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), devendo os valores da exigência fiscal a eles vinculados permanecer como remanescente no lançamento de ofício em lide.

A partir dos resultados obtidos com as verificações descrita nos tópicos anteriores, foram realizados ajustes no levantamento fiscal que deu sustentação para a Infração 01, reduzindo-se o valor exigido de R\$ 243.336,20 (duzentos e quarenta e três mil, trezentos e trinta e seis reais e vinte centavos) para R\$ 86.107,11 (oitenta e seis mil, cento e sete reais e onze centavos), conforme planilha contida no Anexo I fls. 98 e 99, resumo ilustrado pela TABELA C e demonstrativo de débito configurado na TABELA D, ambas inseridas à fl. 96.

O autuado se manifesta às fls.141 a 143 e após fazer um resumo do contido no referido Parecer entende que não há que se falar em descaracterização da operação de devolução das mercadorias listadas nos itens 1, 3 e 8 da NF 5116, em razão de terem sido destinadas a empresa coligadas da Autuada, principalmente quando o dispositivo regulamentar que disciplina a isenção na operação não contempla exigência quanto à identidade dos sujeitos envolvidos na operação, mas apenas identidade nas mercadorias devolvidas, relativamente às quais não pode ter havido a transmissão da propriedade.

Frisa que as condições para realização da hipótese de não-incidência/isenção do imposto são no sentido de o exportador – ITF CHEMICAL, ter recebido do respectivo importador – ITALFARMACO, mercadoria em devolução por defeito. Não há exigência quanto a reexportação ser feita necessariamente para aquele mesmo importador estrangeiro.

Transcreve o disposto no art. 265 do RICMS e Cláusula primeira do Convênio ICMS 18/95 e infirma que a essência do regramento da isenção do imposto nas operações de devolução é justamente o de que não houve a operação de circulação de mercadoria, com transferência da propriedade, o que caracterizaria a hipótese de incidência do tributo.

Em se tratando da mesma mercadoria, especificações e quantidades, não há como se negar a natureza de devolução da operação realizada, como se verifica no presente caso. Ainda que as devoluções pós reprocessamento tenha sido feitas em favor de CHEMI S.P.A. e ACS DOBFAR INFO AS, por razões puramente comerciais e logísticas, por se tratar de empresas coligadas, a essência da operação foi respeitada, não tendo ocorrido a circulação da mercadoria que seria fato gerador do tributo.

Entende que o bom senso recomenda ***o julgamento deste Auto de Infração pela improcedência total, o que se faz observando os princípios da verdade material e da moralidade administrativa***, pois, caso esta Junta insista na cobrança indevida, estará punindo contribuinte que sempre agiu dentro da legalidade observando todas as regras impostas pela legislação, o que seria, de fato, inaceitável.

Lembra que o Código Tributário Nacional contempla, inclusive, a aplicação do princípio da verdade material em seu texto, no §2º do art. 147, cujo teor transcreveu, e da leitura do citado dispositivo legal infere-se que, eventual lançamento constituído sem observar o princípio da verdade material, poderá ser desconsiderado judicialmente, gerando assim prejuízos ao erário,

tendo em vista que serão grandes as chances de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais.

Portanto, ainda que se considere que a Autuada incorreu em erro ao promover a reexportação das mercadorias para a CHEMI S.P.A. e ACS DOBFAR INFO AS, o que se faz apenas a título argumentativo, não há que se falar em infração hábil à descaracterização da isenção de ICMS incidente na hipótese, sob pena da forma prevalecer sobre a verdade dos fatos, principalmente quando se verifica que não houve qualquer prejuízo para os cofres públicos, na medida que do mesmo modo, tratar-se-ia de operações sujeitas a não incidência do imposto.

Frisa que referido erro, no entanto, não possui o condão de descaracterizar a real operação realizada, seja porque não se trata de requisito substancial para a validade do ato, seja porque devem prevalecer as operações efetivamente realizadas, motivo pelo qual requerer a desconstituição total do lançamento, ou, quando muito, a aplicação de penalidade equivalente ao descumprimento de obrigação acessória.

Os autuantes se manifestam às fls. 64/65 dizendo que na Informação fiscal de fls. 64/65 demonstraram a necessidade de comprovação de que a operação relativa à NF 5116 tivera, de fato, a natureza da operação contemplada no inciso XLI, alínea b, do art. 265 do RICMS/2012.

A diligência procedida resultou no relatório de fls. 90/99, no qual o diligente, após análise da documentação enfim apresentada, elabora detalhado parecer onde atesta a comprovação parcial das operações contidas no documento fiscal e conclui pela procedência da parte remanescente.

A empresa, por sua vez, não apresenta fato ou argumento novo que não fora antes analisado.

Desta forma, informa nada terem a acrescentar ao Parecer emitido.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr^a. Pérola de Abreu Farias Carvalho, OAB/BA nº 23.785, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A acusação objeto do presente lançamento está assim descrita: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*.

O autuado arguiu a nulidade da infração, por existência de vício material, tendo em vista que, no seu entender, houve erro na capitulação da suposta infração, cerceando o seu direito de defesa.

De acordo com as informações complementares inseridas na descrição da infração trata-se de: *“Recebimento de mercadorias do exterior sob CFOP 3949, sob isenção do imposto com fundamento no art. 265, XLI, al. B, do RICMS/2012, que trata de recebimento do exterior de mercadoria em substituição a entrada anterior cuja mercadoria fora devolvida por defeito. No entanto, não indicou quais notas fiscais foram emitidas anteriormente”*.

Conforme o demonstrativo de fl. 04, elaborado pela fiscalização trata-se da nota fiscal de entrada número 51116 emitida pela autuada em 16/10/2015, CFOP 3949- RECEBIMENTO DE MERCADORIAS DO EXTERIOR, oriunda da empresa ITALFARMACO S.A. estabelecida na Espanha.

Da análise da referida nota fiscal, cuja fotocópia encontra-se anexada à fl. 05, observo que não houve destaque do imposto e no campo “Informações Complementares” consta a seguinte informação: DI 15/1811884-6 DE 14/10/2015, ISENTO CFE. ART. 265, INC. XLI, ALINEA B DO DECRETO 13.780.

Ainda verifico que o entendimento da fiscalização, conforme trecho da Informação Fiscal, fl. 65, que a seguir copio, seria de que:

- 1) *A autuada anteriormente recebeu uma remessa da mesma mercadoria, emitiu nota fiscal de entrada onde destacou e pagou o ICMS sobre aquela importação.*
- 2) *Verificou, contudo, que a mercadoria estava fora das especificações e a devolveu, mediante*

nota fiscal cujo CFOP seria 7201 ou 7202.

- 3) *Recebeu, em substituição àquela que fora devolvida, outra remessa da mercadoria para a qual emitiu nota fiscal de entrada, esta sem destaque do imposto, que já fora paga na etapa 1.*

Ou seja, o entendimento era de que as mercadorias teriam sido importadas anteriormente pela autuada e teria pago o ICMS sobre aquela importação. Posteriormente, teriam sido devolvidas, e recebido em substituição as mercadorias indicadas na nota fiscal 5.116, que foi objeto do presente lançamento, sem o destaque do imposto.

Por outro lado o defendente alega que se trata de entrada de mercadoria originária do exterior e decorreu de devolução de mercadoria por ele exportada, a cliente estrangeiro através dos Registro de Exportação que apontou, em decorrência de problemas na qualidade do produto, conforme solicitação do importador estrangeiro, inserida em e-mail cujo teor transcreveu.

Assevera que tais operações estão disciplinadas no inciso XLI, alínea “a”, do art. 265 do RICMS/Ba e fundamentada no Convênio 18/95, acrescentando que no presente caso cumpriu o disposto no § 1º do Convênio 18/95, posto que não houve contratação de câmbio, bem como a operação não sofreu incidência do Imposto de Importação.

Aduz que tanto o RICMS/BA quanto o Convênio 18/95 não trazem quaisquer outras obrigações que condicionem o gozo da isenção, e, caso a indicação das notas fiscais das saídas originais fossem obrigatórias, a empresa não teria conseguido emitir a GLME –Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira, sem comprovação de recolhimento de ICMS, através da qual foi possível o desembaraço das mercadorias devolvidas.

Diante desta situação, esta 4ª JJF converteu o processo em diligência à ASTEC / CONSEF – Assessoria Técnica do CONSEF, para que o diligente designado adotasse as seguintes providências:

- a) Intimasse a empresa a apresentar os documentos necessários a fim de comprovar que a operação do presente lançamento, referente à nota fiscal nº 5116 de fato está enquadrada no inciso XLI, alínea “a”, do art. 265 do RICMS/Ba.
- b) Caso o defendente atendessem a solicitação acima, examinasse os elementos apresentados e anexasse aos autos cópias dos referidos documentos, informando se de fato às operações informadas na mencionada nota fiscal se referem a devolução de mercadorias anteriormente exportadas.

Através do Parecer ASTEC nº 003/2021 o diligente informou que em atendimento a intimação dirigida ao autuado foram apresentados os seguintes documentos:

- *Extrato da Declaração de Importação nº 15/1811884-04.*
- *Invoice.*
- *Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS – GLME nº 201517501.*
- *DANFes das NFs (Operações de Exportação) nºs: 2981; 3555; 2461; 4180; 4161; 4071 e 4369.*
- *Resumos de Extratos de Registro de Exportação, referentes às RE's nºs: 13/0520442-001; 13/1248832-001; 14/0333917-001; 14/0335094-001; 14/1228316-001; 14/1374599-001; 14/1441743-001 e 15/0114431-001.*
- *Extratos de Declaração de Despacho, referentes às DDE's nºs: 2130389523/4; 2130954638/0; 2140255138/0; 2140950942/7; 2141066064/8; 2141117389/9; 2141140599/4 e 2150086870/1.*

Em seguida diz que após as devidas análises das documentações acima indicadas concluiu que no seu entendimento, as mercadorias referentes aos itens “2”; “4”; “5”; “6” e “7” da nota fiscal em questão a de número 5.116, se referem à devolução de mercadorias anteriormente exportadas para a mesma empresa, portanto, alcançadas pela isenção prevista no art. 265, XLI, “a”, “2”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), devendo, no seu entendimento, ser excluído da autuação o valor

de R\$ 157.229,09, conforme demonstrativo de fl. 99.

Quanto aos itens “1”; “3” e “8”, nela contidos, entende que não se referem à devolução de mercadorias anteriormente exportadas para a mesma empresa que as estaria supostamente devolvendo, qual seja a ITALFARMACO S.A., vez que destinadas às empresas CHEMI S.P.A. e ACS DOBFAR INFO AS, importação, portanto, não enquadrada na regra de isenção prevista no art. 265, XLI, “a”, “2”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12)

Após análise dos documentos acostados aos autos, as razões e contrarrazões das partes, além das informações e conclusões trazidas no Parecere ASTEC nº 003/2022 emitido pelo Auditor Fiscal, Antonio Expedito Santos de Miranda verifico que o entendimento da **fiscalização** era de que as mercadorias teriam sido importadas anteriormente pela autuada e teria pago o ICMS sobre aquela importação. Posteriormente, teriam sido devolvidas e recebido em substituição as mercadorias indicadas na nota fiscal 5.116, que foi objeto do presente lançamento, sem o destaque do imposto.

Ocorre que de acordo com as informações trazidas pelo diligente da ASTEC, não restam dúvidas de que diferentemente do entendimento dos autuantes as mercadorias foram vendidas para o exterior anteriormente para as empresas ITALFARMACO S.A , CHEMI S.P.A. e ACS DOBFAR INFO AS, e não adquiridas, tanto que foram emitidas notas fiscais de saídas, referentes a estas exportações a seguir relacionadas, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 112 a 188, exceto a emitida para a empresa ACS DOBFAR INFO AS, que de acordo com informações do parecerista da ASTEC não foram anexadas aos autos.

N.F Exportação nº	Data	Destinatário
4180	31/10/2014	ITALFARMACO S.A
4071	23/09/2014	ITALFARMACO S.A
4150	31/10/2014	ITALFARMACO S.A
2369	30/10/2015	ITALFARMACO S.A
4369	20/01/2015	ITALFARMACO S.A
2981	10/09/2013	CHEMI SPA
2461	17/04/2013	CHEMI SPA
3555	17/03/2014	CHEMI SPA

Nas mencionadas notas fiscais foram indicados no campo “Informações complementares” os números dos lotes remetidos para o exterior das mercadorias, no caso, FERROLAT- SUCCILANATO PROTEINA DE FERRO.

Assim é que, no meu entendimento, restou comprovado de que as mercadorias indicadas na Nota Fiscal nº 5.116 foram devolvidas por adquirentes estabelecidos no exterior, por estarem fora de especificações conforme inserido no campo “DADOS ADICIONAIS / INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” da Declaração de Importação (DI) nº 15/1811884-6, de 14/10/2015, fls. 107 a 109, cujo teor transcrevo:

“CARGA FABRICADA PELA ITF CHEMICAL E EXPORTADA PARA ITALFARMACO CUJAS ANALISES DEMONSTRAM ESTAR FORA DAS ESPECIFICAÇÕES SOLICITADAS PELA ITALFARMACO QUE SOLICITOU A DEVOLUÇÃO DA MERCADORIA, APÓS REJEIÇÃO DOS LOTES APRESENTARAM PROBLEMA DE QUALIDADE”

Na referida Declaração de Importação foram informados os lotes que foram devolvidos, conforme se observa às fls. 108v.

Com base nessas informações foi possível ao diligente da ASTEC constatar que todas as mercadorias indicadas na nota fiscal nº 5.116 estão vinculadas à Declaração de Importação DI nº 15/1811884-6, apesar de parte delas terem sido anteriormente exportadas para as empresas CHEMI S.P.A. e ACS DOBFAR INFO AS e constarem na Declaração de Importação emitida em nome da ITALFARMACO S.A..

Diante destas constatações, entendo que esta autuação não pode prosperar, pois a acusação descrita no auto de infração não está de acordo com os fatos realmente ocorrido, pois dúvidas inexistem de que se trata de devolução de mercadorias fabricadas pela autuada anteriormente exportadas, sem incidência do imposto, e não por ela importadas anteriormente, como entendido

pela fiscalização, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte.

Acrescento ainda que, mesmo que restasse comprovado de que as mercadorias indicadas na nota fiscal objeto do presente lançamento tivessem sido importadas pelo defendente, a base de cálculo para a apuração do imposto não seria a utilizada pela fiscalização e sim a prevista no inciso VI do caput do art. 17 da Lei nº 7.014/96, composta da soma das seguintes parcelas:

- a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação, observado o disposto no art. 18;
- b) o imposto sobre a importação;
- c) o imposto sobre produtos industrializados;
- d) o imposto sobre operações de câmbio;
- e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração.

Consequentemente, a autuação padece de vício insanável, razão pela qual decreto, nos termos do artigo 20, do RPAF/99, a nulidade do Auto de Infração, com fundamento nas disposições dos artigos 18, inciso IV, alínea “a”, e 39, inciso III, do RPAF/99, ficando prejudicada qualquer apreciação defensiva em relação ao mérito.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DOS ITENS 1, 3 e 8 PRODUTOS EXPORTADOS

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$ 243.336,20, com fundamentação legal no art. 2º, início I; e art. 32, da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, do RICMS/BA, publicado pelo decreto nº 13.780/2012, sob a acusação de ter deixado, o defendente, de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, acobertada pela nota fiscal de entrada nº 5.116, emitida 16/10/2015, pela própria ITF CHEMICAL LTDA, Contribuinte Autuada, em que consta o destaque no campo de “*Informações Complementares*” o seguinte destaque:

“DI 15/1811884-6 DE 14/10/2015 ... ISENTA CFE ART. 265, INC. XLI, ALINEA “B” DEC 13.780”

Trata-se na realidade de recebimento de mercadorias do exterior sob CFOP 3949, sob isenção do imposto, com fundamento no art. 265, XLI, “a”, item 2, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), decorrente de entradas oriundas do exterior de mercadorias ou bens exportados, devolvidos por defeito impeditivo de sua utilização nos destinos, conforme os termos abaixo indicados:

Art. 265. São isentas do ICMS:

XLI – as seguintes operações de comércio exterior, desde que não tenha havido contratação de câmbio e a operação não tenha sido onerada pelo Imposto de Importação (Conv. ICMS 18/95):

- a) entradas, no estabelecimento do respectivo exportador, em retorno ao país, **de mercadoria ou bem exportado** que:

2 – tenha sido recebido pelo importador situado no exterior, contendo defeito impeditivo de sua utilização;

- b) entrada, pelo respectivo importador, de mercadoria ou bem estrangeiro idêntico, em igual quantidade e valor, e que se destine a reposição de outro anteriormente importado cujo imposto tenha sido pago e que se tenha revelado, após o desembaraço aduaneiro, defeituoso imprestável para o fim a que se destinava, observado o disposto na legislação federal;

Como se observa da operação, que deu azo a presente autuação, tudo se relaciona aos fatos descritos na DI 15/1811884-6, com a consequente emissão da nota fiscal de entrada nº 5.116, emitida 16/10/2015, pela própria ITF CHEMICAL LTDA, nela descrito 8 (oito) itens produtos devolvido, todos de mesma nomenclatura “*FERROLAT – SUCCILANATO PROTEINA DE FERRO*”

Posto em diligência à ASTEC, por esta 4ª JJF, para “Intimar a empresa a apresentar os documentos necessários a fim de comprovar que a operação do presente lançamento, referente à nota fiscal nº 5116 de fato está enquadrada no inciso XLI, alínea “a”, do art. 265 do RICMS/BA”, assim posicionou o diligente no Parecer de nº 003/2022, dentro outras considerações

6. Mediante o cruzamento das informações relativas às quantidades das mercadorias registradas nos oito (8) itens indicados na NF nº 5116 (fls. 05) com aquelas relativas às quantidades e os números das RE's e DDE's, referentes aos nove (9) lotes de mercadorias registrados na DI nº 15/1811884-6, de 14/10/2015, (fls. 107 a 109) e o no “PROFORMA INVOICE” (fls. 109-verso e 111), identificou-se os lotes que foram anteriormente exportados pelo autuado, sendo que os destinados à:

- (i) ITALFARMACO S.A., e devolvidos por estarem fora das especificações conforme consta da DI (fls. 107-verso a; 108-verso e 109), foram os lotes nºs: J10075; J10044; J10093; J10216 e J10217, conforme detalhado na TABELA A abaixo inserida.

TABELA A EXPORTAÇÕES EFETUADAS PELA ITF CHEMICAL PARA A ITALFARMACO S.A.						
PRODUTO	NF 5116 (ITEM Nº)	QTDE (KG)	LOTE	RE (Fls. 119 a 126)	DDE (Fls. 127 a 135)	NF EXPORTAÇÃO (Fls. 112 a 118)
FERRIC PROTEIN SUCCINYLA TE FERROLAT	2	771,94590	J10075	14/1441743-001	2141140599-4	4180, de 31/10/2014
	4	899,80000	J10044	14/1228316-001	2140950942/7	4071, de 23/09/2014
	5	899,80000	J10093	14/1441743-001	2141140599/4	4180, de 31/10/2014
	6	41,55000	J10216	15/0114431-001	2150086870/1	4369, de 30/01/2015
	7	50,00000	J10217	15/0114431-001	2150086870/1	4369, de 30/01/2015

Entende este diligente que as operações informadas na mencionada NF nº 5116 (fls. 05), relativamente aos itens “2”; “4”; “5”; “6” e “7” nela contidos, se referem à devolução de mercadorias anteriormente exportadas para a mesma empresa que as está devolvendo, e portanto alcançadas pela isenção prevista no art. 265, XLI, “a”, “2”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), devendo os valores da exigência fiscal a eles vinculados ser excluídos do total do crédito tributário reclamado.

- (ii) Outras empresas (CHEMI S.P.A. e ACS DOBFAR INFO AS), também devolvidos conforme consta da mesma DI (fls. 107-verso a; 108-verso e 109), foram os lotes nºs: J10065; J10343; J10020 e J10140, conforme detalhado na TABELA B abaixo inserida.

TABELA B EXPORTAÇÕES EFETUADAS PELA ITF CHEMICAL PARA OUTRAS EMPRESAS (CHEMI S.P.A. E ACS DOBFAR INFO AS)						
PRODUTO	NF 5116 (ITEM Nº)	QTDE (KG)	LOTE	RE (Fls. 119 a 126)	DDE (Fls. 127 a 135)	NF EXPORTAÇÃO (Fls. 112 a 118)
FERRIC PROTEIN SUCCINYLA TE FERROLAT	1	581,20500	J10065	14/1374599-001	2141066064/8	4126 (Não consta nos autos)
	3	749,80000	J10343	14/0333917-001 14/0335094-001	2140255138/0	3555, de 17/03/2014
	8	50,00000	J10020	13/0520442-001	2130389523/4	2461, de 17/04/2013
	8	50,00000	J10140	13/1248832-001	2130954638/0	2981, de 10/09/2013

No que tange a estes itens “1”; “3” e “8” da mencionada NF nº 5116 (fls. 05), entende este diligente que as operações ali informadas, não se referem à devolução de mercadorias anteriormente exportadas para a mesma empresa que as estaria supostamente devolvendo, qual seja a ITALFARMACO S.A., situada na Espanha, pois as destinatárias destas operações de exportação foram as empresas CHEMI S.P.A. e ACS DOBFAR INFO AS, situadas, respectivamente, na Itália e na Suíça. Nesta linha de raciocínio, portanto, a importação dos mencionados itens não estaria enquadrada na regra de isenção prevista no art. 265, XLI, “a”, “2”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), devendo os valores da exigência fiscal a eles vinculados permanecer como remanescente no lançamento de ofício em lide.

Neste contexto, em relação ao levantado pelo Diligente Fiscal da ASTEC, não resta dúvida de que as operações informadas na NF nº 5116, objeto da autuação, relativamente aos itens “2”; “4”; “5”; “6” e “7” nela contidos, se referem à devolução de mercadorias anteriormente exportadas para a mesma empresa que as está devolvendo, a ITALFARMACO S.A., e, portanto alcançadas pela isenção prevista no art. 265, XLI, “a”, “2”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), devendo os valores da exigência fiscal a eles vinculados ser excluídos do total do crédito tributário reclamado.

Quanto aos demais itens “1”; “3” e “8”, também, contidos na NF nº 5116, entende o Diligente da ASTEC, o que acompanho, não se referem à devolução de mercadorias anteriormente exportadas para a mesma empresa que as estaria supostamente devolvendo, qual seja a ITALFARMACO S.A., vez que as exportações foram destinadas às empresas CHEMI S.P.A. e ACS DOBFAR INFO AS,

portanto, não enquadrando a importação na regra de isenção prevista no art. 265, XLI, “a”, “2”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), vez que a condição básica para submissão da regra isentiva do imposto (ICMS) importação é o retorno ao país, no caso em tela, Brasil, de mercadoria ou bem exportado do mesmo cliente no exterior, no caso em tela ITALFARMACO S.A., na Espanha, que não fora o caso das mercadorias/produtos relacionados aos itens “1”; “3” e “8”, em que as documentações acostadas aos autos atestam serem retorno de exportações para as empresas *CHEMI S.P.A. e ACS DOBFAR INFO AS*, situadas, respectivamente, na Itália e na Suíça.

Não obstante entender que a NF nº 5116, objeto da autuação, não poderia ter sido emitida sem o destaque do imposto (ICMS) importação, com espeque na norma isentiva do art. 265, XLI, “a”, “2”, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), em relação aos itens “1”; “3” e “8”, vejo, também, que não se pode cobrar tal imposto no presente autos, pois a autuação padece de vício insanável de nulidade, que diz respeito ao enquadramento legal da exigência fiscal.

Vê-se que se está cobrando o imposto (ICMS) decorrente de operações internas, em que a pretensão da Fiscalização é de exigir o imposto (ICMS) importação. Mudar a acusação e, por conseguinte o enquadramento, no presente Auto de Infração, caracterizaria mudança de fulcro, o que a legislação não autoriza.

Neste sentido, entendo restar, de fato, nulo o presente Auto de Infração, baseado no inciso “a”, art. 18 do RPAF, por desconformidade entre a pretensão fiscal e o enquadramento legal da infração, que impossibilita a aplicação do § 1º do mesmo diploma legal, vez que a incorreção apontada não pode ser corrigida neste lançamento fiscal.

Vejo que poderia recomendar à autoridade fazendária competente para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF, porém observo que já expirou o prazo decadencial de constituição do crédito fiscal, pelo Estado da Bahia, em relação ao fato gerador da presente autuação.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO**, o Auto de Infração nº **087461.0006/19-8**, lavrado contra **ITF CHEMICAL LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR / VOTO EM SEPARADO