

PROCESSO - A. I. N° 087461.0006/19-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ITF CHEMICAL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0217-04/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ INDÚSTIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/04/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0058-11/23-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão recorrida que julgou Nulo o presente Auto de Infração, 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”*.

Após as deliberadas, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

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 5116 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, ISENTA 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 JFJ 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 atendesse 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 Parecer 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, ALÍNEA “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 SUCCINYLATE 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 a 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.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Observo que a decisão da 4ª JF (Acórdão JF Nº 0217-04/22-VD) desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário lançado de R\$243.336,20, em valores históricos, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, trata-se de infração única, cuja conduta foi descrita como *“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 Sujeito Passivo apresentou defesa, alegando nulidade, afirmando que a presente autuação não deve ser acolhida, tendo em vista diversas irregularidades no momento de sua lavratura, mais precisamente na capitulação da autuação fiscal, o que ocasionou no cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e, consequentemente a nulidade da autuação como um todo.

A autuação tem por base a Nota Fiscal de Entrada nº 5116 emitida pela autuada em 16/10/2015, com CFOP 3949- Recebimento de Mercadoria do Exterior, oriunda da empresa ITALFARMACO S.A. estabelecida na Espanha, na qual não houve destaque do ICMS e em suas “Informações Complementares” consta a seguinte informação: DI 15/1811884-6 DE 14/10/2015, Isento cfe. Art. 265, INC. XLI, ALÍNEA B DO DECRETO 13.780. Para o autuante, em sua análise, fl. 65, a autuada importou a mesma mercadoria, emitiu nota fiscal de entrada destacou e pagou o ICMS sobre a importação, em seguida efetuou a devolução por defeito, para a qual emitiu nota fiscal cujo CFOP seria 7201 ou 7202 e que por fim recebeu uma nova mercadoria, em substituição àquela que fora devolvida, onde emitiu nota fiscal de entrada (NF 5116 ora autuada), esta sem destaque do imposto, que já fora paga na primeira importação.

No entanto, a autuada explica que apenas se trata de entrada de mercadoria originária do exterior decorrente da devolução de mercadoria por ele exportada, em decorrência de problemas na qualidade do produto, tal operação são 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 ICMS 18/95, posto que não houve contratação de câmbio, bem como a operação não sofreu incidência do Imposto de Importação, que ora reproduzo.

Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as seguintes operações:

I - recebimento, pelo respectivo exportador, em retorno ao país, de mercadoria ou bem, que tenha sido objeto de exportação:

b) em que tenha havido recebimento pelo importador localizado no exterior, contendo defeito impeditivo de utilização do bem ou da mercadoria;

§ 1º O disposto nesta cláusula somente se aplicará quando não tenha havido contratação de câmbio e a operação não tenha sido onerada pelo Imposto de Importação.

Diante de tal afirmação, o processo foi encaminhado a ASTEC - Assessoria Técnica do CONSEF, para analisar a documentação comprobatória dos fatos alegados, acostadas às fls. 107 a 135, e assim foi concluída a diligência:

- A Nota Fiscal nº 5116, contém 8 itens de mercadorias, sendo que os de nºs “2”; “4”; “5”; “6” e “7”, 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 ser excluído da autuação o valor de R\$ 157.229,09, conforme demonstrativo de fl. 99.
- Já os itens “1”; “3” e “8”, concluiu 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., pois foram 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).

Partindo da conclusão da diligência acima descrita, 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.

De todo exposto me alinho ao julgador de piso que julgou pela Nulidade, quando disse que:

“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.”

...

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.”

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** O Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **087461.0006/19-8**, lavrado contra **ITF CHEMICAL LTDA**. Recomenda-se 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 observar o prazo decadencial de constituição do crédito fiscal.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS