

A. I. N° - 281228.0004/05-8
AUTUADO - COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF
AUTUANTES - LUIS ADRIANO DE ANDRADE CORREIA e ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 02.05.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0103-02/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) FALTA DE ESTORNO. BENS INCORPORADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. ALIENAÇÃO. O contribuinte deixou de efetuar o estorno nas operações de alienação antes de decorrido o prazo de cinco anos. Infração parcialmente elidida. **b) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO.** O contribuinte classificou material de consumo como Ativo Permanente. **2. ATIVO IMOBILIZADO. DESINCORPORAÇÃO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. a) NAS VENDAS. a.1) Com incidência da alíquota de 12%. a.2) Com incidência da alíquota de 17%. b) NAS DEVOLUÇÕES.** Com incidência da alíquota de 17%. Com incidência da alíquota de 12%. Com incidência da alíquota de 7%. Infrações caracterizadas. **3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO.** O contribuinte lançou imposto no livro de apuração e não o recolheu, arguindo depósito em juízo realizado pelo comprador. Infração caracterizada. **4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. RECOLHIMENTO A MENOS. a) Apurado com base em erro de classificação na aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. b) Apurado com base em erro de classificação de mercadoria.** O contribuinte classificou erroneamente óleo isolante como óleo lubrificante. Infração descaracterizada. Preliminar de nulidade não acatada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2005, pela constatação da ocorrência dos seguintes fatos:

1. falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, referente a bens do Ativo Imobilizado alienados antes de decorrido o prazo de cinco anos, contados da data de sua aquisição. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 2.829.926,14 e aplicada a multa de 60%;
2. falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação, por venda, de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento com alíquota incidente de 12%. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 1.307,04 e aplicada a multa de 60%;
3. falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação, por vendas, de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento com alíquota incidente de 17%. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 1.168,49 e aplicada a multa de 60%;
4. falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, referente às saídas de devolução nas aquisições com

- utilização do crédito fiscal na entrada e alíquota incidente de 17%. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 75.439,93 e aplicada a multa de 60%;
5. falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, referente às saídas de devolução nas aquisições com utilização do crédito fiscal na entrada e alíquota incidente de 12%. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 2.291,26 e aplicada a multa de 60%;
 6. falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, referente às saídas de devolução nas aquisições com utilização do crédito fiscal na entrada e alíquota incidente de 7%. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 2.715,81 e aplicada a multa de 60%;
 7. falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente à operações escrituradas nos livros fiscais. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 281.308,48 e aplicada a multa de 50%;
 8. recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro de Registro de Entradas e o escriturado no livro de Registro de Apuração de ICMS. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 63.652,68 e aplicada a multa de 60%;
 9. recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro de Registro de Entradas e o escriturado no livro de Registro de Apuração de ICMS. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 13.750,16 e aplicada a multa de 60%;
 10. falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, referente a bens do Ativo Imobilizado alienados antes de decorrido o prazo de cinco, contados da data da aquisição ou recebimento, decorrente de estorno de crédito fiscal de Materiais de Consumo classificado como Ativo Imobilizado. Sendo cobrado o imposto no valor R\$ 20.688,93 e aplicada a multa de 60%.

O sujeito passivo ao apresentar tempestivamente sua contestação, fls. 246 a 267, inicia suas razões para sustentar seu pedido de preliminar arguindo que não existe, nos autos, elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza jurídica da infração, requer, de imediato, a anulação do Auto de Infração, por ofensa ao art. 18, IV, "a" do RPAF-BA/99, acrescenta que não foram apresentados os fundamentos jurídicos específicos nos quais se basearam o Auto de Infração.

Enfatiza que a autuação deve ser justificada com clareza e materialidade. Pois, há que se fundamentar a ocorrência do fato gerador, afinal as presunções são indícios, não valendo por si só como prova, do contrário, devem seguir o preceituado no art. 112, II, do CTN e, interpretar as circunstâncias materiais do fato de maneira favorável ao contribuinte.

Assinala a ausência de provas materiais tendo em vista a simples fundamentação, apresentada pelo Fisco, na qual se restringiu a indicar os artigos de lei infringidos, supostamente a título de enquadramento, o que, inclusive, ofende o princípio da ampla defesa.

Aduz que deixando o autuante de especificar os parágrafos e incisos do enquadramento legal, trouxe dificuldades para a produção de defesa ou ainda, para que seja possível adequar a sua conduta em qualquer dos tópicos presente nos artigos que cita.

Solicita por fim, que lhe seja, ulteriormente, outorgada a oportunidade de juntar documentos ou apresentar, novas impugnações sobre os pontos da autuação que não foram lavrados com meridiana clareza, sob risco de cerceamento de defesa.

Assinala que, caso não sendo anulado o Auto de Infração em razão de seus vícios formais, o que se admite por hipótese, passa a impugnar o teor das infrações individualmente, na forma que se segue.

INFRAÇÃO 01 - trata da falta de estorno de créditos fiscais de ICMS, referente a bens do Ativo Imobilizado que haviam sido alienados antes de decorrido o prazo de cinco anos, contados da data de sua aquisição ou recebimento.

Afirma que o lançamento tributário foi baseado em notas fiscais de transferências do Ativo Imobilizado, simplesmente presumindo que referidos bens foram alienados no primeiro dia do prazo prescricional de cinco anos, da data da aquisição ou recebimento do bem, conforme art.

100, § 7º do RICMS-BA/97, concluindo, portanto, que todo o crédito fiscal fora indevidamente aproveitado, pelo fato de somente ter encontrado parte das Notas Fiscais com a informação sobre a data de aquisição ou recebimento do bem. Acrescenta que a apresentação da integralidade das datas de aquisição ou recebimento do bem só poderia ser verificada analisando-se o patrimônio de cada bem, requerendo para isto, a realização de complexas diligências por parte dele contribuinte.

Diz que o autuante não deveria emitir um Auto de Infração aplicando sanção máxima, mediante arbitramento.

Assevera que, em relação ao débito apurado pelo autuante no valor de R\$ 2.829.926,14, acrescido de multa de 60%, referente ao exercício de 2000, ao examinar o lançamento, entendeu que não poderia ser compelido a pagar esse valor lançado, porque o montante total do crédito aproveitado pelo contribuinte foi de R\$ 3.087.480,72, relativos aos créditos acumulados nessa rubrica, nos exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000, e que deste total fora estornado o valor de R\$ 1.201.999,25, de acordo com o Auto de Infração nº 269095-0001/04-4, competência de 1999, quitado em dezembro de 2005, conforme comprovantes de pagamentos anexados às fls. 347 a 349, não poderia, portanto, ser considerado justo estornar-se o valor de R\$ 2.089.926,14, exigido nessa infração.

Redargúi que, se o lançamento tivesse sido efetuado como base nesse critério, deveria estornar apenas o montante máximo de R\$ 1.885.481,47, ou seja, subtraído o valor estornado de R\$ 1.201.999,25 do total do crédito aproveitado de R\$ 3.087.480,72. Além do que, se expurgando o valor de R\$ 20.645,02, decorrente do lançamento indevido da infração 10, considera que o lançamento correto é exatamente no valor de R\$ 1.864.836,45, o que foi já fora por ele quitado conforme cópia do DAE, fl. 298.

Prossegue, afirmando que à luz do Auto de Infração persiste, portanto, um lançamento a maior de R\$ 965.089,69, que foi glosado, repita-se, pelo simples fato de que não poderia ser compelido a devolver créditos que não foram efetivamente aproveitados. Requer, por isso, que de imediato, seja expurgada da indigitada infração a quantia de R\$ 965.089,69, tendo em vista a impossibilidade material, de reunir toda documentação necessária para provar as efetivas datas das aquisições dos bens posteriormente transferidos.

Afirma por fim, que o valor ora recolhido, R\$ 1.864.836,45, será objeto de pedido de repetição de indébito em procedimento autônomo e que junta aos autos, fl. 351, planilha de cálculos de forma a demonstrar a composição dos valores acima referidos.

INFRAÇÕES 02 E 03 - Versa essas infrações sobre a falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação, por vendas, de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, separando em duas infrações em decorrência da diferença de alíquotas, 12% e 17%, sendo indicado no anexo I do Auto de Infração discriminação dos lotes a que se referem cada uma das infrações.

Assegura que o pagamento do tributo fora realizado nos termos preceituados pela legislação tributária estadual, conforme se depreende dos comprovantes de pagamentos, fls. 353 a 355, e que em outros casos, houvera o diferimento no pagamento do tributo com a devida apresentação da autorização específica. Acrescenta que somente cabe ao contribuinte verificar, tal pagamento, antes da entrega do bem, o que fora feito, apresentando documentos comprobatórios de tais recolhimentos. Diz ainda que se o autuante tivesse exigido os comprovantes de pagamento, não haveria a necessidade da lavratura da presente autuação.

Aduz que não se pode falar em pagamento de ICMS em bens como pneus, lote 038; sucata de cobre nu, lote 43; sucata ferrosa, lote 39; caminhão FORD ano 76, lote 050, Jeep Toyota, ano 86, lote 121 e todos os demais lotes grifados, fls. 358 a 385, bens de consumo ou bens com mais de 01 ano de uso sobre os quais não incide ICMS, conforme preceitua Decreto 6.284/97, do qual transcreve o art. 83. Acrescenta que, caso haja notas fiscais com erro de classificação, erro de código, tais como as Notas Fiscais 3175, 3176 e 3177, cópias em poder da SEFAZ, nas quais houve transferência de mercadorias e não leilão, com intuito de evitar repetição, vale reiterar que caso

se entenda que deve haver recolhimento de ICMS quanto a estas notas fiscais, será imperiosa a realização do estorno devido.

Redargúi por fim, asseverando que não incide ICMS sobre a venda de bens pertencentes ao ativo imobilizado de pessoa jurídica não contribuinte do tributo, vez que a venda de tais bens foge à idéia de circulação econômica, inexistindo fato gerador. E que, saídas isoladas ou circunstanciais - mesmo entre Estados diferentes, mas entre almoxarifados - com desfalque patrimonial alheio aos objetivos sociais da pessoa jurídica, não há que falar-se em incidência do ICMS sobre tais bens.

INFRAÇÕES 04, 05 e 06 - informa que referem-se ao mesmo fato gerador, tendo como diferencial apenas as alíquota.

Afirma que não há que se falar em ausência de recolhimento de ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, posto que, conforme "Análise dos Anexos IV e V", algumas das mercadorias referem-se à devolução de material de consumo, incorrendo o autuante em erro ao não verificar tal informação nos documentos examinados. Acrescenta que, conforme Notas Fiscais em poder da SEFAZ e da análise em anexo, vide NF's 2861 e 2862, pode ser comprovado que não foram aproveitados créditos de todos os bens devolvidos, inexistindo, portanto, qualquer estorno a ser feito. Aduz que em outras Notas Fiscais, como a NF 2852, poderá ser verificado que somente houve aproveitamento proporcional do crédito, não podendo estornar todo o crédito referente ao ICMS se somente se creditou em parte. Acrescenta que desse modo, poderia ser imputado ao Erário o enriquecimento sem causa, posto que, receberia quantia que sequer foi desembolsada pelo contribuinte.

Aduz ainda que, caso devido, o valor equivaleria a apenas 48% do crédito correspondente às notas constantes do Auto de Infração, porque a empresa quando da aquisição de bens para ativo imobilizado, utilizou crédito fiscal com a base reduzida de cálculo, seguindo o disposto no art. 80 do RICMS-BA/97, sendo que tal redução não fora considerada pelas autoridades fiscais na composição da base de cálculo do imposto e transcreve fragmento do referido dispositivo legal.

Assevera que não pode ser autuado com base de cálculo diversa da disposta em lei, afinal, deve-se ter como parâmetro que qualquer empresa que tenha benefício fiscal jamais deixará de utilizá-lo, podendo.

Finalmente, observa que nem todas as peculiaridades do caso foram observadas, tem-se que óleo diesel, por exemplo, é material de consumo e não bem de ativo imobilizado, não podendo ser apresentado como base de cálculo. Conforme Notas Fiscais 3808 (cancelada) e 0748, em poder desta SEFAZ.

INFRAÇÃO 07 - versa sobre a falta de recolhimento do ICMS no(s) prazo(s) regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios e refere-se ao valor da energia fornecida à Mineração Caraíba S/A, que estava recolhendo em juízo, apesar da liminar ter sido cassada e do valor do ICMS ter sido destacado no documento fiscal, continuando a não recolher o ICMS integral, e sim proporcionalmente ao valor discutido em juízo.

Inicialmente, o autuado narra os fatos ocorridos nos autos do Mandado de Segurança de nº 2003.83.00.027235-9, impetrado pela Mineração Caraíba S/A MCSA, em face do Diretor Presidente da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF, na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Recife-PE da seguinte forma :

1. em 18 de dezembro de 2003 foi distribuído o citado processo e, em 14 de janeiro 2004, foi deferida liminar autorizando o depósito integral das majorações averbadas pela MCSA;
2. em 19 de janeiro de 2004 teve ciência dos termos da liminar e, em seguida, requereu a notificação do Estado da Bahia, fls. 387 a 388, para providências acerca dos créditos de ICMS depositados em juízo;
3. a autora, MCSA, depositou em juízo o valor correspondente à majoração de tarifa conforme depósitos em anexo, fls. 390 a 412. Nos autos do mandado de segurança foram efetuados os depósitos relativos às NF's referidas no auto de infração, haja vista que, desde janeiro de 2004,

- a MCSA se encontrava albergada por decisão judicial, que só fora revogada em 16 de fevereiro de 2005, quando prolatada sentença denegando a segurança, fls. 414 a 418;
4. contra a Sentença, em 28 de fevereiro de 2005, a MCSA interpôs Recurso de Apelação, fls. 420 a 430, recebido somente no efeito devolutivo, fl. 432, ou seja, continua prevalecendo o efeito da sentença que revogou a liminar.
 5. em 03 de junho de 2005, requereu o levantamento dos valores depositados em juízo, fl. 434, o que lhe fora negado sob a alegação de que o depósito garante a utilidade de eventual provimento jurisdicional que venha beneficiar a MCSA, fl. 436.

Dessa forma, assevera, não está correta a afirmação constante na Infração 07, de que deixou de recolher o ICMS integral, relativo às faturas de competências dos meses 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11/2004 no prazo regulamentar após a liminar ter sido revogada e apesar do valor do ICMS ter sido destacado no documento fiscal, ressaltando que a liminar fora revogada quando da prolação da sentença, em fevereiro de 2005, quando a MCSA já estava pagando integralmente a fatura, pois igualmente, o valor depositado continua a disposição da Justiça Federal, e nele embutido o ICMS cobrado através do presente A.I., eis que, indiscutivelmente está embutido no valor da tarifa de energia elétrica o ICMS, que, querendo, poderá ser objeto de levantamento por essa Unidade Fazendária.

Alega por sua parte, carece de interesse econômico, uma vez que os créditos depositados em juízo têm como destinatário o Estado da Bahia. Ou seja, caso o Estado da Bahia entendesse que a decisão judicial prejudicaria a sua arrecadação, deveria ter intervindo no feito, o que não fez até a presente data por razões de foro interno.

Assevera que inexistente recolhimento a menos, todo o valor que esta Fazenda Pública entende devido, parte restante para completar o ICMS integral das faturas de competência dos meses 04/04 a 11/04, encontra-se à disposição do juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, enfatizando, ainda que já reiterara ao Juízo, a solicitação no sentido de que essa Fazenda seja notificada para tomar as providências que entender pertinente quanto aos depósitos judiciais relativos ao pagamento do ICMS.

Dia ainda que, caso a SEFAZ entenda ter sido prejudicada com a revogação ou deferimento da liminar não poderia ser responsabilizada pelo pagamento da verba tributária, tendo em vista que é cediço que no ordenamento jurídico brasileiro vige a regra da responsabilização do Autor por dano processual culposos. No tocante aos procedimentos acautelatórios e antecipatórios de tutela são aplicáveis as disciplinas dos artigos 811 e 881 do Código de Processo Civil c/c o disposto no artigo 927 do Código Civil.

Salienta que no caso em análise, a MCSA requereu e obteve decisão liminar para que depositasse parte da fatura, aí incluída o ICMS devido pela prestação de serviços do contribuinte, por isso a cassação da liminar, não pode ensejar em prejuízo à CHESF ou ainda ao Fisco do Estado da Bahia. Deve sim, o crédito tributário ser pleiteado perante o Poder Judiciário por quem de direito.

Enfatiza que está sendo demasiadamente penalizada em decorrência destes depósitos judiciais, pois além de não receber a quantia que lhe é devida pelo consumo da energia elétrica, fora indevidamente autuada.

Aduz que, caso esse julgador não entenda que a diferença do valor do ICMS pleiteado encontra-se à sua disposição em juízo, acrescenta que deve ser reformado o Auto de Infração, posto que houve lançamento em dobro da base de cálculo do mês de novembro de 2004, o que pode ser comprovado conforme a diferença entre o Auto de Infração e a Nota Fiscal nº 013163, acostada à fl. 66, do próprio Auto de Infração.

Conclui que, mesmo vindo a ser cabível qualquer pagamento, o que se admite por força de argumentação, o seu valor deve ser reduzido para R\$ 250.011,63, que é exatamente o valor relativo ao ICMS que deve ser extraído do montante que se encontra depositado em Juízo.

INFRAÇÕES 08 e 10 - o autuado entende, em relação a estas infrações que a reclassificação

procedida pelo fiscal está apenas parcialmente correta, tendo em vista que existem bens que efetivamente integram o ativo permanente, como, por exemplo, conectores de nossas linhas de transmissão, e ante a impossibilidade material de demonstrar a exata classificação dos bens, foram recolhidos os valores totais das infrações 08 e 10, de R\$ 63.652,68 e R\$ 20.688,93, respectivamente. Enfatizando, por fim que após a conclusão dos estudos, será realizado pedido de repetição de indébito da parte entendida como divergente.

INFRAÇÃO 09 - refere-se esta infração à diferencial de alíquota decorrente de erro de classificação de mercadorias tendo em vista que supôs o auditor fiscal que o contribuinte teria classificado óleo isolante como óleo lubrificante entendendo a autoridade fazendária que tal erro enseja o pagamento de diferencial de alíquota.

Salienta que a responsabilidade pelo preenchimento da nota fiscal é do emitente, ou seja, da BR Distribuidora S/A, e não do adquirente, como equivocadamente entendeu o auditor fiscal. Foi a emitente que classificou o produto, bem como promoveu a retenção do crédito tributário.

Afirma que não lhe cabe questionar a classificação tributária dada por empresa mundialmente especializada na produção e comercialização de produtos petroquímicos, e que, caso entenda o fisco baiano que a vendedora efetuou a classificação erroneamente, deve proceder com a competente ação fiscal contra ela, não podendo ser em nenhuma situação responsabilizada pelo referido equívoco.

Enfatiza o óleo em questão é utilizado no sistema de geração, em turbinas, por exemplo. É necessário para o funcionamento das máquinas e tem longa vida dentro do equipamento, durando mais de cinco anos.

Aduz que desse modo, resta amparado pela legislação que atribui imunidade constitucional - art. 155, X, "b" - e, isenção do pagamento do ICMS, conforme Convênios Estaduais citados pela própria autoridade fazendária.

Assinala que deve ser verificado, conforme Notas Fiscais em anexo, fls. 438 a 445, que houve retenção na fonte; não cabendo a aplicação de qualquer penalidade à CHESF, afinal, se esta autoridade tributária entender que o óleo em debate é um óleo lubrificante comum, já houve a devida retenção.

Diz que a retenção ocorreu de maneira correta, todavia o autuante esta apurando a maior, posto que, considerou a alíquota *cheia*, somou o valor constante na Nota Fiscal de R\$ 6.992,36, com o valor do ICMS retido e entendeu como base de cálculo um valor de R\$ 8.181,06, incluindo na base de cálculo o próprio ICMS.

Finalmente, conclui aduzindo que em relação à Nota Fiscal 1844, fl. 447, deve ser considerado que inexistente qualquer cobrança de ICMS a ser feita, posta que, como pode ser verificado, a operação não foi interestadual, ocorreu integralmente dentro do Estado de Pernambuco e que ocorrera um erro de escrituração porque a Regional de Paulo Afonso – BA, lançou tal Nota Fiscal no registro da Bahia e não de Pernambuco, em decorrência de tal Regional operar concomitantemente nos Estados de Pernambuco e Bahia.

Aduz ainda o autuado que tendo em vista ter o procedimento que antecedido à lavratura do presente Auto de Infração não lhe possibilitou defesa prévia, de forma a suprir eventuais dúvidas do senhor fiscal, pugna pela posterior juntada de documentos para que seja satisfeito o princípio da ampla defesa e da verdade material. Por isso, espera que lhe seja deferido o direito de juntar posteriormente provas imprescindíveis para a comprovação de que a autuação não é cabida.

Conclui seu arrazoado defensivo enunciando os pedidos a seguir transcritos:

1. Preliminarmente, seja o auto de infração anulado, haja vista que não há em seu teor qualquer elemento fático suficiente para que o Fisco imputasse à Autuada as indigitadas infrações, ou, *Ad argumentandum tantum*, caso desacolhido o pedido de anulação do auto de infração, pede:
2. Quanto à infração 01:

- i. Seja expurgado do auto de infração o valor cobrado a maior de R\$ 965.089,69, adotado esse procedimento, seja declarada a satisfação completa da obrigação tributária em face do pagamento em anexo, fl. 298. Entenda-se que o pagamento realizado não deve ser considerado renúncia ao direito de posterior pedido de repetição.
3. Quanto às infrações 02 e 03:
 - i. Seja acolhida a impugnação para expurgar do Auto de Infração o ICMS das mercadorias destinadas a leilão, haja vista que o pagamento do imposto foi devidamente realizado pelos arrematantes, conforme documentação trazida aos autos, seja igualmente reformado, na parte em que houve erro de escrituração das notas fiscais.
4. Quanto às Infrações 04, 05 e 06:
 - i. Seja reformado o Auto de Infração para excluir da base de cálculo os materiais de consumo que foram devolvidos em razão do não aproveitamento de crédito na sua aquisição;
 - ii. Quanto aos materiais que integram o ativo imobilizado que foram devolvidos, proceda a redução na base de cálculo a 48% (quarenta e oito por cento);
5. Quanto à Infração 07:
 - i. Seja anulada a Infração 07, em decorrência de que durante o período cobrado, 04/04 a 11/04, estava em vigor liminar judicial - 01/04 a 02/05, bem como não houve levantamento do valor depositado em juízo pela CHESF;
 - ii. Seja notificada a Procuradoria da Fazenda Estadual para postular a conversão em crédito da fração referente ao pagamento do ICMS no depósito judicial existente no processo nº 2003.83.00.027235-9;
 - iii. Seja ainda expurgada a parte do ICMS lançada a maior referente à cobrança em dobro da fatura do mês 11/04.
6. Quanto às Infrações 08 e 10:
 - i. Seja declarada a satisfação completa da obrigação tributária em face do pagamento em anexo fl. 298. Entenda-se que o pagamento realizado não deve ser considerada renúncia ao direito de posterior pedido de repetição.
7. Quanto à Infração 09:
 - i. Seja anulada a presente infração, uma vez que não é de sua responsabilidade a classificação do produto dada pelo fornecedor em nota fiscal;
 - ii. Igualmente, seja também anulada em razão de retenção tributária por substituição, por parte da BR Distribuidora, e
 - iii. Seja anulada a infração quanto a Nota Fiscal 1844, porque não incidente ICMS para esse Estado, haja vista que a nota fiscal era destinada ao Estado de Pernambuco, e apenas foi indevidamente escriturada na Bahia, por erro do autuado.

Requer por fim a produção de prova por todos os meios em direito admitidos.

O autuante, ao proceder sua informação fiscal inicia descrevendo sobre as características do autuado para em seguida adentrar na matéria da lide.

Diz que a defesa informa que procedeu ao recolhimento de parte do crédito tributário lançado pelos autuantes mediante o Auto de Infração objeto do presente processo, mais precisamente ao valor de R\$ 3.771.932,80, sendo R\$ 1.950.273,84 de ICMS e R\$ 1.821.658,96 de acréscimos moratórios. Entende ser este o valor máximo devido, uma vez que o Auto de Infração estaria em desacordo, em parte, com a ordem normativa tributária estadual e federal, conforme acredita poder comprovar mediante sua defesa administrativa.

Observa que inicialmente cabe rebater as alegações infundadas da autuada, uma vez que juntaram ao Auto de Infração as provas a que tiveram acesso. As notas fiscais não juntadas estão em posse da autuada, devidamente registradas na sua escrita fiscal, não foram apresentadas à

fiscalização (apesar de a autuada ter sido devidamente intimada, conforme cópia das intimações anexas ao Auto de Infração), e estão claramente relacionadas nos demonstrativos elaborados pelos autuantes.

Afirma que não houve falta de apresentação dos fundamentos jurídicos das infrações, pois, conforme consta no próprio Auto de Infração, para cada infração consta o enquadramento, que corresponde à tipificação da infração, e a multa aplicável. Dessa forma, incabível a alegação de dificuldade para a produção da defesa.

Com referência ao pedido da autuada para juntar posteriormente documentos ou apresentar novas impugnações, não deve ser deferido, pois o RPAF-BA/99 veda essa possibilidade, conforme preceituado no § 1º do art. 123. Por isso, enfatiza que a legislação estadual acerca do processo administrativo fiscal determina que as alegações de defesa sejam apresentadas de uma só vez, e que as provas documentais devem ser apresentadas na impugnação, salvo em condições específicas listadas, que não se materializaram no presente caso, estando assim, precluído o direito da autuada de juntar documentos em momento posterior, bem como de apresentar novas impugnações.

No tocante à alegação da defesa de que os autuantes deveriam interpretar as circunstâncias materiais do fato de maneira mais favorável ao contribuinte, conforme previsto no art. 112, II, do CTN, esclarece primeiramente que seguiram essa determinação no momento em que consideraram todas as entradas de bens do ativo imobilizado como sendo provenientes dos Estados do Sul e Sudeste, ou seja, que o crédito fiscal foi tornado a alíquota de 7%. Esse procedimento tomou por base o fato da maioria das aquisições de bens do ativo decorrer daqueles Estados, e que era impossível se detectar a real origem dos bens. Além disso, consideraram o procedimento da autuada em se creditar de apenas 48% do ICMS destacado no documento fiscal de aquisição dos bens do ativo, uma vez que a mesma efetuava saída de energia elétrica com redução de base de cálculo de 52%. Como existia isenção da autuada no recolhimento do ICMS diferencial de alíquota, o crédito considerado passível de estorno correspondeu a apenas 48% de 7% do valor dos bens do ativo desincorporados.

Rebate, em seguida, os autuantes as alegações defensivas para cada uma das infrações na forma que segue:

INFRAÇÃO 01 - no que tange a essa infração, assinalam que a autuada, em sua peça de defesa, afirma que os autuantes presumiram que os bens do Ativo Imobilizado foram desincorporados em menos de um ano da data de sua aquisição, assinalando que a real data de entrada dos mesmos somente poderia ser verificada analisando-se as notas fiscais de aquisição, o que demandaria complexas diligências por parte do contribuinte.

Diz que a autuada também alega ainda que, nos exercícios de 1996 a 2000 somente se creditou de R\$ 3.087.480,72, referente à aquisição de bens para o ativo imobilizado, e que parte deste valor, mais precisamente R\$ 1.201.999,25, já teria sido objeto de estorno em Auto de Infração anterior (A.I. 269095.0001/04-4). Dessa forma, aduz que o valor máximo passível de estorno seria R\$ 1.885.481,47, sendo que expurgando o valor de R\$ 20.645,02, decorrente de lançamento indevido da Infração 10, considera como correto o estorno do valor de R\$ 1.864.836,45. Para tanto, a autuada anexa a sua defesa cópia dos DAE's de recolhimento onde consta o cálculo do ICMS devido. Neste cálculo está demonstrado o valor do crédito fiscal de ICMS decorrente da aquisição de bens para o ativo imobilizado. Como consequência de seu entendimento, a autuada requer o expurgo do valor de R\$ 965.089,69 da infração 01, e a homologação do pagamento de R\$ 1.864.836,45, conforme DAE anexo à defesa (fl. 298) e demonstrativo dos valores pagos na defesa (fls. 294 a 297), com a consequente extinção do crédito tributário decorrente desta infração.

Observam os autuantes que, primeiramente, o registro de crédito fiscal não é efetuado diretamente no DAE de recolhimento, e sim no Livro Registro de Entrada. Em segundo lugar, os documentos comprobatórios do crédito fiscal tomado seriam o próprio Livro Registro de Entrada e o DAICMS, onde ocorre a apuração do ICMS a recolher. A autuada não anexou cópia destes

documentos fiscais, que comprovariam o creditamento efetuado. O lançamento do crédito fiscal de ICMS diretamente no DAE de recolhimento não significa o crédito fiscal escriturado, mas tão somente o crédito fiscal utilizado. Além disso, como a fiscalização limitou-se ao período do exercício fiscal de 2000, não fora apresentada a documentação dos anos anteriores para que fosse comprovado o total de crédito fiscal tomado pela autuada.

Afirmam ainda os autuantes que exames realizados nos documentos apresentados pela autuada, revelaram um erro no valor lançado na planilha de fl. 300 referente ao mês de fevereiro/1999, tendo sido lançado o valor de R\$ 16.692,45 como de ICMS-Ativo Imobilizado creditado, quando o valor correto foi de R\$ 16.962,45, conforme cópia do DAE de fl. 323. Dessa forma, o valor total creditado pela autuada no período de 1996 a 2000, segundo informações dela própria, seria de R\$ 3.087.750,72, e não R\$ 3.087.480,72. Sendo assim, abatendo-se os valores de R\$ 1.201.999,25, objeto de estorno em Auto de Infração anterior, e R\$ 20.645,02, decorrente de lançamento indevido da Infração 10, o valor mínimo que a autuada deveria ter recolhido seria de R\$ 1.865.106,45, ou seja, R\$ 270,00 a mais do efetivamente recolhido pela autuada.

Acrescentam que, além disso, não foi possível checar a correção dos valores lançados nos meses de agosto e setembro/1999, tendo em vista que nos DAE's de recolhimento o crédito fiscal do ativo imobilizado foi lançado juntamente com o crédito fiscal de aquisição de energia elétrica e utilização de serviços de telecomunicação, conforme cópia dos DAE's de fls. 329 e 330.

Ressaltam que basearam sua análise nos documentos apresentados, e que, durante a ação fiscal a autuada não apresentou todos os documentos necessários à elucidação da presunção, bem como também não apresentou os registros fiscais dos exercícios anteriores para demonstrar que o valor levantado de estorno de crédito fiscal estaria superior ao efetivamente escriturado.

Concluem reafirmando que a autuada não apresenta provas suficientes para elidir a pretensão fiscal, porém, caso este Emérito Conselho decida em posição contrária, acatando as alegações da autuada, ainda assim, restaria o valor de R\$ 270,00 a ser recolhido, decorrente de erro na elaboração do demonstrativo de fl. 300, conforme explicitado anteriormente.

INFRAÇÕES 02 e 03 – os autuantes, com referência a estas duas infrações (idênticas na tipificação do fato, porém diferentes quanto à alíquota aplicável na saída), assinalam a alegação da autuada, primeiramente, de que o pagamento do ICMS foi realizado nos termos preceituados pela legislação tributária estadual, conforme comprovantes de recolhimento (DAE's) anexos a sua defesa (Doc. 06, fls. 353 a 355). Aduz ainda, que em outros casos, as aquisições por terceiros se deram sob o regime de diferimento do pagamento do tributo, tendo em vista que o adquirente possuía autorização específica.

Ao analisar os argumentos da autuada, afirmam restar evidenciada a tentativa de confundir, sem apresentação de provas contundentes que possam afastar de vez a pretensão fiscal. Acrescentam que a autuada anexa à defesa cópia de apenas 3 DAE's (Doc. 06, fls. 353 a 355), todos de valores extremamente irrisórios (R\$ 196,80, R\$ 24,00, R\$ 204,00), em que não consta o número da Nota Fiscal de aquisição, não podendo vinculá-los as saídas objeto da autuação.

Em seguida, a autuada tenta justificar a falta de recolhimento do ICMS incidente na desincorporação do ativo imobilizado apresentando uma relação de bens leiloados e afirmando que as referidas saídas se deram sob o regime de diferimento, ou foram vendas de bens de consumo, ou ainda que os bens, embora fossem do ativo imobilizado, possuíam mais de um ano de uso. Entretanto, não apresenta em momento algum as Notas Fiscais de venda (desincorporação) dos referidos bens, da mesma forma como não apresentou quando da fiscalização, impedindo assim a comprovação de suas alegações.

Quanto à afirmação da autuada, com referência às notas fiscais com erro de classificação ou de código, (NF n.ºs 3175, 3176 e 3177) não foi passível de entendimento, uma vez que se apresentou confusa tanto na justificativa, quanto no procedimento a ser adotado em caso de procedência da pretensão fiscal.

No que concerne à alegação de não haver fato gerador de ICMS na venda de bens pertencentes ao ativo imobilizado de pessoa jurídica não contribuinte do tributo, uma vez que a venda de tais bens foge a idéia de circulação econômica, os autuantes asseguram ser incabível a citada alegação, primeiramente por ser a autuada contribuinte do ICMS, inclusive um dos maiores contribuintes do Estado da Bahia e, em segundo lugar, por estar legalmente prevista a incidência do ICMS nas operações de venda de bens do ativo imobilizado.

Concluem, considerando que a defesa não apresentou documentação probante suficiente para elidir a pretensão fiscal, uma vez que não ficou evidenciada a correlação entre as saídas, objeto da autuação e as vendas em leilão constantes da relação apresentada pela autuada. Não foram apresentadas as notas fiscais que poderiam comprovar as alegações.

INFRAÇÕES 04, 05 e 06 – dizem os autuantes, com referencia a estas três infrações (idênticas na tipificação do fato, porém diferentes quanto à alíquota aplicável na saída), que a autuada alega, primeiramente, referirem-se algumas das mercadorias à devolução de material de consumo, e que não aproveitara crédito fiscal sobre todos os bens devolvidos, inexistindo estorno a ser feito. Para tanto, cita duas notas fiscais, 2861 e 2862, que assevera estarem em poder desta SEFAZ.

Assinalam que a autuada também declara que o aproveitamento do crédito fiscal, quando ocorreu, foi de apenas 48% do valor do ICMS destacado no documento fiscal, uma vez que adotava como procedimento o creditamento com aplicação de redução de 52% por efetuar saída de energia elétrica para clientes industriais com essa redução de base de cálculo.

Por fim, afirma que as notas fiscais 3808 e 0748, que alega estarem em poder desta SEFAZ, referem-se à devolução de óleo diesel, que seria material de consumo, não podendo ser apresentado como base de cálculo.

Continuando o mesmo procedimento de defesa, a autuada apenas alega situações que poderiam elidir ou reduzir a pretensão fiscal, sem, contudo, apresentar os documentos fiscais que comprovem suas alegações.

Aduzem os autuantes que a defesa afirma que parte dos bens devolvidos se referem a material de consumo, sem, contudo, apresentar as notas fiscais correspondentes. Limita-se a citar duas notas que estariam em poder da SEFAZ. Não existem notas fiscais da autuada em poder desta fiscalização, tendo sido arrecadado apenas cópia de parte dos documentos fiscais, nunca os originais, conforme se pode comprovar através dos Termos de Intimação e Arrecadação constantes no Anexo VIII do Auto de Infração (fls. 88 a 107).

Com referência as notas fiscais de devolução de óleo diesel, apesar de ser material de consumo, a autuada utilizava o crédito fiscal destacado no documento fiscal, pois o referido produto era utilizado como insumo na produção de energia elétrica em sua unidade termelétrica. Cabível, portanto, o estorno do crédito fiscal no caso de devolução do produto.

Por fim, a alegação de que somente se creditava de 48% do valor do ICMS destacado no documento fiscal merece uma análise conjugada com a legislação acerca do assunto. Acrescentando que o RICMS-BA/97 através dos artigos 651 e 652 explicita o procedimento a ser adotado na devolução de mercadorias ou bens, transcrevendo o citado dispositivo legal. Enfatizam em seguida que, conforme se depreende do texto normativo, a base de cálculo da devolução deve ser a mesma da aquisição, para possibilitar ao estabelecimento de origem a utilização do crédito fiscal. Desse modo, a base de cálculo da operação de devolução deveria ser igual ao da nota fiscal de aquisição, procedimento corretamente adotado pelos autuantes.

Assinalam que, embora a operação não tenha sido realizada sem utilização de crédito fiscal, a autuada poderia pleitear o creditamento da diferença entre o total do ICMS lançado na Nota Fiscal de devolução e o valor efetivamente creditado.

Salientam os autuantes a não cobrança do estorno de crédito na aquisição de bens devolvidos, mas, o ICMS incidente na operação de devolução. Assim, reafirmam que procederam corretamente na determinação da base de cálculo, conforme previsto na legislação estadual.

Podendo a autuada, após a quitação do débito fiscal, pleitear, observado o prazo decadencial e prescricional, o direito ao crédito fiscal da diferença entre o valor debitado na devolução e o efetivamente creditado na aquisição.

INFRAÇÃO 07 - depois de reprisar todas as alegações apresentadas na peça defensiva acerca dessa infração os autuantes refutam com as seguintes argumentações:

- 1.a relação discutida na ação é de natureza comercial, e não tributária. Discute-se majoração de tarifa de energia elétrica, tendo a autora se inconformado com o aumento da tarifa e conseguido liminar para depositar parte do valor da fatura em juízo, além disso, a ação desenrola-se em Vara Federal instalada em outra unidade da Federação;
- 2.o recolhimento do ICMS destacado em documento fiscal é devido independente do resultado financeiro obtido com a operação. Assim está disposto no RICMS-BA/97 no inciso VII do § 3º do art. 1º;
- 3.mesmo que o adquirente da mercadoria, no caso, energia elétrica, não efetue o pagamento da fatura, ainda assim, o fornecedor deverá recolher o ICMS destacado no documento fiscal, a inadimplência faz parte do risco do negócio, não podendo ser oposto à Fazenda Pública sob o argumento de que não recebeu o valor da operação, e, portanto, do próprio ICMS embutido no referido valor;
- 4.o contribuinte do ICMS, no caso, é a CHESF, fornecedora da energia elétrica, e o repasse do valor do ICMS ao "contribuinte de fato" é uma questão de análise econômica, não tributária, sendo que o adquirente da energia, no caso a Mineração Caraíba, não participa na operação como sujeito passivo do ICMS, seja na forma de contribuinte, seja na forma de responsável tributário;
- 5.em relação ao mês de novembro/2004 reafirma que está correto o valor de R\$ 62.593,70, na planilha de apuração, ou seja, o autuado recolheu R\$ 31.296,85, afirma que esse fato pode ser comprovado pelo somatório das faturas constantes na planilha apresentada pela própria autuada (fl. 179) e comparado com o valor registrado no cálculo do ICMS a recolher (fl. 167). Explicitando, o valor total do ICMS pela venda de energia elétrica aos clientes industriais é de R\$ 6.401.896,85 (fl. 179). O valor transportado para o Resumo da Apuração do ICMS a Recolher é de R\$ 6.370.600,00 (fl. 167). Ou seja, R\$ 31.296,85 a menos. O valor que a CHESF deveria ter recolhido, conforme seu levantamento era de R\$ 6.189.861,89 (fl. 167).

Requer os autuantes, com base nas alegações supra enunciadas a procedência da infração 07.

INFRAÇÕES 08 e 10 – quanto a essas infrações os autuantes reafirmam que a alegação da defesa que, ante a impossibilidade material de demonstrar a exata classificação dos bens, resolveu proceder ao pagamento dos valores exigidos, mais precisamente, R\$ 63.652,68 e R\$ 20.688,93. Concluem solicitando a homologação do pagamento com a extinção do crédito tributário lançado nestes itens do Auto de Infração.

INFRAÇÃO 09 – depois de reprisar os argumentos apresentados pelo autuado, afirmam que após examinarem as alegações, não dispõem de meios de comprovar suas suspeitas, uma vez que a análise decorre de exame técnico apurado, somente sendo possível através de perícia, se assim achar por bem o nobre julgador. Saliente-se que a autuada adquire certamente óleo isolante para utilização em seus transformadores de tensão. No entanto, não foi encontrada pela fiscalização nenhuma nota fiscal que acobertasse a aquisição deste óleo.

Ante o exposto, na hipótese de indeferimento de perícia técnica que possa comprovar a pretensão fiscal, os autuantes admitem o indeferimento do presente item do Auto de Infração por ausência de provas.

VOTO

Inicialmente deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob o argumento da inexistência de prova material da ocorrência do fato gerador e de ofensa ao exercício do princípio da ampla defesa. Aduz o autuado que não há no presente Auto de Infração

elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza jurídica da infração, e que, deixando o autuante de especificar os parágrafos e incisos do enquadramento legal, dificultou a produção de sua defesa. Entretanto constato que, efetivamente, emergem dos elementos que constituem os autos o oposto do que redargúi o autuado, uma vez que, todas infrações cometidas encontram-se epigrafadas no Auto de Infração explicitando o fato e as circunstâncias de sua ocorrência, conjuntamente com todo o enquadramento legal, além da tipificação da multa aplicada. Além do que, todos os lançamentos tributários foram apurados com base na documentação fiscal apresentada pelo autuado e a ela restrita. Portanto, não há que se falar em inexistência de prova material da ocorrência do fato gerador e da ofensa ao princípio da ampla defesa.

Ultrapassadas as questões preliminares e adentrando especificamente ao mérito, deixo de abordar e tecer maiores comentários analíticos acerca das infrações 08 e 10, tendo em vista que o autuado, apesar de entender que a reclassificação procedida pelo autuante, afigura-se, apenas parcialmente correta, procedera ao recolhimento total do débito apurado, ou seja, R\$ 63.652,68 e R\$ 20.688,93, apresentado, inclusive cópia do DAE comprovando o recolhimento. Ressalvando, apenas que após conclusão de estudos que fará, ingressará com pedido de restituição do indébito da parte que diverge do quanto apurado.

Quanto às demais infrações, apresentarei, a seguir, meu voto para cada uma delas.

INFRAÇÃO 01 – trata da falta de estorno de créditos fiscais de ICMS, referente a bens do Ativo Imobilizado que haviam sido alienados antes de decorrido o prazo prescricional de cinco anos contados da data de aquisição ou recebimento do bem.

Alega o autuado que a fiscalização, por não identificar a data de aquisição ou de recebimento de alguns dos bens alienados do Ativo Imobilizado, presumiu que os bens foram desincorporados em menos de um ano da data de sua aquisição. Afirmo e comprova através de DAE, fls. 300 a 351 que somente se creditou do montante do R\$ 3.087.480,72 no período de 1996 a 2000 e que fora estornado o valor de R\$ 1.201.999,25, de acordo com o Auto de Infração nº 269095.0001/04-4, competência de 1999 e quitado em dezembro de 2005. Assevera que, desse modo, não seria justo estornar o valor integral exigido no presente Auto de Infração no valor de R\$ 2.829.926,14, aduzindo que o lançamento com base nesse critério deveria estornar o montante de R\$ 1.885.481,47 (R\$ 3.087.480,72 - R\$ 1.201.999,25). E, expurgando-se o valor de R\$ 20.645,02 decorrente da infração 10, esse valor passa R\$ 1.864.836,45. Com esse cálculo, remanesce ainda o lançamento de R\$ 965.089,69, em relação ao total glosado pelo Auto de Infração, enfatiza que não poderia ser compelida a devolver os créditos que não foram efetivamente usados. Por isso, solicita que seja expurgada da infração a quantia de R\$ 965.089,69, e a extinção do crédito tributário da infração 01. Pois, ante a impossibilidade material de reunir toda a documentação necessária para provar as efetivas aquisições dos bens posteriormente transferidos, optou pelo recolhimento do valor de R\$ 1.864.836,45, conforme cópia do DAE anexada aos autos, fls. 296/298, que será objeto de ulterior pedido de repetição do indébito.

Os autuantes aduzem que o registro de crédito tributário fiscal não é efetuado diretamente no DAE de recolhimento, e sim no livro de Registro de Entrada. Além do que, a comprovação só se daria com a apresentação do livro de Registro de Entrada e o DAICMS, documentação não apresentada pelo autuado, pois o lançamento do crédito fiscal diretamente no DAE não significa o crédito fiscal escriturado. Como a fiscalização limitou-se ao exercício fiscal de 2000, portanto, não foi examinada a documentação dos anos anteriores para que fosse comprovado o total de crédito fiscal tomado pelo autuado. Com base nos exames dos documentos apresentados pela defesa, os autuantes detectaram um erro no valor lançado na planilha apresentada, fl. 300, no mês de fevereiro de 1999, onde o valor de R\$ 16.692,45 foi lançado como de ICMS Ativo Imobilizado creditado, quando o valor correto é R\$ 16.962,42, conforme DAE de fls. 323/300. Com isso, o valor apontado pelo autuante como sendo o que deveria ser recolhido, deve ser acrescido de R\$ 270,00, ou seja, R\$ 1.865.106,45. Afirmam, também os autuantes que não foi possível checar a correção

dos valores lançados nos DAE's nos meses de agosto e setembro de 1999 tendo em vista que o crédito fiscal do ativo imobilizado foi lançado juntamente com o de aquisição de energia elétrica e utilização de serviços de telecomunicações, fls. 329 e 330. Ressaltam que a fiscalização se baseou na análise exclusivamente dos documentos apresentados e que durante a ação fiscal o autuado não apresentou todos os documentos necessários à elucidação da presunção. Entendem os autuantes que o autuado não apresenta provas suficientes para elidir a pretensão fiscal.

Verifico que, embora não tenha sido carreada aos autos pelo autuado a comprovação das datas de aquisições dos bens do ativo imobilizado, restou provado que no período de 1996 a 2000 o autuado se creditou do montante de R\$ 3.087.480,72, conforme demonstrativo e respectivos DAE's às fls. 300 a 351, além do que já fora estornado o valor de R\$ 1.201.999,25, através do recolhimento exigido pelo Auto de Infração nº 269095.0001/04-4, fls. 347 a 349.

Apesar de não ter sido examinado a documentação fiscal relativa aos exercícios de 1996 a 1999, remanesce evidenciada nos autos, a totalização da efetiva utilização dos créditos fiscais lançados pelo autuado na rubrica Ativo Imobilizado, no período em questão, bem como o valor estornado via Auto de Infração.

Considerando também, a relativa incerteza das datas das efetivas aquisições dos bens para Ativo Imobilizado utilizadas como pressuposto básico de sustentação da acusação fiscal, entendo que deve ser exigido somente a diferença entre o total que foi creditado no período de cinco anos que antecedeu o exercício de 2000 (R\$ 3.087.480,72) e o valor recolhido através do A.I. 269095.0001/04-4 (R\$ 1.201.999,25), acrescida da diferença apontada pelo autuante de R\$ 270,00, relativa ao equívoco na transposição para a planilha elaborada pelo autuado, fls. 300/323 do valor do DAE do mês de fevereiro de 1999. O autuado reconhece e recolheu o débito de R\$ 1.864.836,45.

Entretanto, verifico que não deve ser incluída nesse cálculo a exclusão do débito atinente à infração 10, tendo em vista que a correta apuração de seu débito, eis que, como se constata no demonstrativo, fls. 220 a 222, todos os materiais de consumo foram classificados como sendo Ativo Imobilizado, ao contrário do que sugere o autuado.

Ou seja, o valor do débito da infração passa de R\$ 2.829.926,14 para R\$ 1.885.751,47.

Meu voto, portanto, é pela procedência parcial da infração 01, na forma a seguir discriminada.

Ante a impossibilidade de adequação aos períodos de competências apurados inicialmente para essa infração do valor do débito, ora apurado, na forma supra enunciada, entendo que deve ser lançado o total do débito no dia 31/12/2000.

DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO - INFRAÇÃO 01

TOTAL DE CRÉDITOS	RECOLHIMENT. A.I.	EQUÍV.	VALOR DEVIDO
3.087.480,72	1.201.999,25	270,00	1.885.751,47

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01

OCOR.	VENC.	B. C.	ALÍQ.	DÉBITO	MULTA
31/12/00	09/01/01	26.939.306,71	7,0%	1.885.751,47	60,0%

INFRAÇÕES 02 e 03 - versam essas infrações sobre falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, referente às saídas de desincorporação por vendas, apenas com distinção das alíquotas. O autuado alega que efetuou o pagamento do tributo na forma prevista na legislação tributária e apresenta cópias de comprovante de pagamentos e, aduz que em outros casos houve o deferimento do pagamento.

Assinala que ao contribuinte cabe apenas verificar o pagamento do imposto antes de entregar o bem. Acrescenta ainda que não há que se falar em pagamento do ICMS em bens como pneus, sucatas e outros bens de consumo ou bens com mais de um ano de uso, para tanto, cita o Decreto 6.281/97, como fundamento de suas alegações. Finaliza aduzindo que não incide ICMS sobre a venda de bens pertencentes ao Ativo Imobilizado de pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, vez que a venda de tais bens foge à idéia de circulação econômica, inexistindo, com isso fato gerador do tributo.

Os autuantes ao examinarem os argumentos da defesa, afirmam perceberem a tentativa do autuado de buscar confundir os fatos sem apresentar provas contundentes para elidir a pretensão fiscal. Assinalam que o autuado apresentou cópias de três DAE's com valores insignificantes, sem constar os números das notas fiscais de aquisição a que se referem, inviabilizando qualquer vinculação com as saídas objetos da autuação. Do mesmo modo, em relação aos bens leiloados, não apresenta também o autuado, as notas fiscais de venda impedindo a comprovação de suas alegações.

Por fim, consideram que a defesa não apresentou comprovação alguma capaz de elidir essas duas infrações, eis que, as notas fiscais vinculadas às operações alegadas não foram carreadas aos autos.

A análise dos elementos que se constituem no contraditório acerca dessas duas infrações (o demonstrativo, fl. 51, conjuntamente com as cópias do DAICMS, fls. 109 a 144), me conduz ao entendimento de que estão corretos os procedimentos levados a efeito pela fiscalização para apurar as infrações sob comento uma vez que evidenciam o seu cometimento, tanto relativo à alíquota de 17%, quanto à de 12%. O autuado não contestou direta e objetivamente os cálculos da apuração, apresentando tão somente cópias de DAE's e descrição de lote de bens por ele leiloados sem contudo vincular nenhuma dessas operações com as saídas objeto dessas infrações. Por tudo isso, voto pela procedência das infrações 02 e 03.

INFRAÇÕES 04, 05 e 06 – também distintas apenas pelas alíquotas de 17%, 12% e 7%, tratam essas infrações da falta de recolhimento do ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, referente às saídas de devolução nas aquisições com utilização do crédito fiscal na entrada.

O autuado alega não haver que se falar em ausência de recolhimento do ICMS nas saídas, pois afirma que, da análise dos anexos IV e V, verifica-se que algumas das mercadorias referem-se a materiais de consumo.

Aduz também que de acordo com as notas fiscais n^{os} 2861 e 2862, em poder dessa SEFAZ, comprova-se que não houve aproveitamento de crédito de todos os bens devolvidos e, por isso, afirma inexistir estorno algum a ser feito.

Informa que em outras notas fiscais como a de n^o 2852, poderá ser verificado que houve o aproveitamento proporcional, não podendo, portanto, ser estornado todo o crédito.

Observa que, além das peculiaridades já enunciadas, tem-se ainda que o óleo diesel, por exemplo, é material de consumo e não bem do Ativo Imobilizado, não podendo ser incluído na base de cálculo.

Os autuantes asseguram que a defesa apenas alega situações que poderiam elidir ou reduzir a exigência fiscal, entretanto, não apresenta comprovação para suportar suas alegações.

Dizem que o autuado afirma que parte dos bens devolvidos refere-se a material de consumo, sem, contudo, apresentar as notas fiscais correspondentes, limitando-se a citar que duas delas encontram-se em poder da SEFAZ.

Assinalam que as notas fiscais de devolução de óleo diesel, apesar de ser material de consumo, o autuado utilizava o crédito destacado no documento fiscal, pois era utilizado como insumo na produção de energia elétrica, cabível, portanto o estorno do crédito fiscal no caso de devolução do produto.

Citam os artigos 651 e 652 do RICMS-BA/97 para explicitar o procedimento legal nas devoluções de mercadorias ou bens, concluindo que a base de cálculo na devolução deve ser a mesma da aquisição, para possibilitar ao estabelecimento de origem, a utilização do crédito.

Enfatizam os autuantes que essas infrações não exigem o estorno de crédito na aquisição dos bens devolvidos, mas o ICMS incidente nas operações de devolução dos produtos. Reafirmam, por isso, estar correta a determinação da base de cálculo.

Por entender que as infrações foram calcadas nas planilhas que integram os anexos IV e V, fls. 52 a 56, e que a apuração está de acordo com os preceitos estabelecidos nos artigos n^{os} 651 e 652 do RICMS-BA/97. Tendo em vista que o autuado não carrou aos autos, comprovação cabal de suas alegações, voto pela procedência das infrações 04, 05 e 06.

INFRAÇÃO 07 - versa essa infração sobre a falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros próprios referente ao valor da energia elétrica fornecida à Mineração Caraíbas S/A - MCSA, no período de abril a novembro de 2004, recolhido em juízo, apesar da liminar ter sido cassada e do valor ter sido destacado no documento fiscal, continuando o autuado a não recolher o ICMS integral, e sim, proporcionalmente ao discutido em juízo.

Verifico da documentação carreada aos autos que, efetivamente, foram emitidas notas fiscais com os valores integrais da operação com destaque do ICMS em nome da Mineração Caraíbas S/A e registradas as operações nos livros fiscais, e tendo sido os valores referentes à majoração tarifária autorizada pela ANEEL, depositados em juízo, por força da liminar concedida a impetrante – MCSA contra o autuado, decorrente do Mandado de Segurança n^o 2003.083.00.27235-9, fls. 387/388, deixando o autuado de recolher a diferença relativa à majoração da tarifa.

Entendo que a obrigação tributária principal deixou de ser cumprida pelo autuado tendo em vista que a ação judicial entre a CHESF e seu cliente, além de não ter o Estado da Bahia como parte, a operação de venda de mercadoria fora concretizada integralmente, inclusive com a emissão e o registro da documentação fiscal própria exigida. Pois, o inadimplemento do pagamento, por parte do cliente não pode ensejar, a falta de pagamento do imposto devidamente lançado.

Verifico também que o autuado no mês de novembro de 2004 cometeu um equívoco no cálculo do imposto devido referente a esse período, descontando em duplicidade o valor depositado em juízo pela MCSA, resultando no recolhimento a menos de R\$ 31.296,85, conforme se pode atestar às fls. 87, 167 e 179, nos demonstrativos de apuração e recolhimento, portanto, está correto o autuante ao lançar o valor de R\$ 62.593,70 no mês de novembro de 2004.

Nesses termos voto pela procedência da infração 07, na forma do demonstrativo de débito a seguir apresentado.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 07

OCOR.	VENC.	B. C.	ALÍQ.	DÉBITO	MULTA
31/11/2004	09/09/04	115.914,26	27,0%	31.296,85	50,0%

INFRAÇÃO 09 – exige essa infração a cobrança do diferencial de alíquota em consequência de erro na classificação de óleo isolante como óleo lubrificante, cuja aquisição interestadual não está amparada pela imunidade constitucional, estando, portanto, no campo da incidência do ICMS - DIFAL.

O autuado alega que não cabe a ele questionar a classificação tributária feita por seu fornecedor, a BR Distribuidora S/A, empresa internacionalmente especializada em produtos petroquímicos.

Afirma que o óleo em questão é utilizado em seu sistema de geração de energia em turbinas, e que é necessário ao funcionamento das máquinas, tendo uma longa duração dentro do equipamento.

Afirma que na operação houve retenção na fonte, conforme constam das notas fiscais, fls. 438 a 445, aduz ainda que o cálculo da retenção foi feito da forma prevista na legislação.

Acrescenta que especificamente em relação à nota fiscal nº 1844, que ocorrera um equívoco na sua escrituração, esclarecendo tratar-se de uma operação interna e dentro do Estado de Pernambuco e que nada tem a ver com a infração 09.

Os autuantes informam que ao analisarem as alegações do autuado não dispõem de meios para comprovar suas suspeitas, uma vez que a análise decorre de exame técnico, somente sendo possível através de perícia.

Observo da análise dos elementos que constituem e fundamentam a exigência da infração 09 que foram erigidas a partir de suposição sem a devida comprovação. Eis que, os próprios autuantes afirmam, ao prestar informação, não dispõem de meios para comprovar suas suspeitas. Nos autos só existe um elemento indicativo da ocorrência, qual seja, referência ao erro de classificação, citado na descrição da infração, mesmo assim, uma mera alusão, sem, contudo, mencionar a origem e o embasamento para comprovar esse aspecto essencial da acusação fiscal. Os demais elementos que integram os autos, precipuamente as notas fiscais, conduzem à inferência de que o produto discriminado MERBRAX TR – 68 (TR – 53) com o código de classificação fiscal 27100062, é amparado pela imunidade constitucional do ICMS e que fora destacado o imposto substituição tributária com a alíquota “cheia”, portanto, na forma preconizada pela legislação para as operações interestaduais.

Verifico, também, no campo dos “Dados Adicionais” das referidas notas fiscais a indicação da certificação do produto pela ISSO 9001, como sendo o produto em questão lubrificante e isolante.

Outro importante aspecto e de conhecimento do público é que a BR Distribuidora S/A, empresa do grupo Petrobrás, somente opera com produtos derivados de petróleo, produtos esses que constituem a matriz da imunidade constitucional em questão.

Verifico também com relação a nota fiscal nº 1844, fl. 447, que assiste razão ao autuado pois efetivamente não se trata de operação interestadual, descabendo, portanto, o diferencial de alíquota exigido.

Além do que o inciso I do § 1º do art. 512-A determina que, nas aquisições interestaduais de lubrificante derivados ou não de petróleo, NCM 2710.00.6, cabe ao remetente fazer a substituição tributária e lançar o diferencial de alíquota.

Por isso, entendo ser a exigência fiscal contida na infração 09 improcedente tendo em vista inexistência, nos autos, de elemento algum que dê sustentação à tese de suspeição de erro de classificação do produto discriminado nas notas fiscais emitidas pela BR Distribuidora S/A. E, já ter sido lançado o imposto exigido pelo remetente.

Voto pela improcedência da infração 09.

Desse modo, o valor total do débito reclamado no presente Auto de Infração que fora lançado originalmente em R\$ 3.292.248, 92, passa para R\$ 2.334.324,09. Mantidos os demonstrativos de débito original, fls. 06 a 08, para as infrações 02, 03, 04, 05, 06, 08 e 10.

RESUMO COMPARATIVO DOS DÉBITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO

COMPARATIVO DO DÉBITO POR INFRAÇÃO		
INFRAÇÃO	A. I.	JULGAMENTO
01	2.829.926,14	1.885.751,47
02	1.307,04	1.307,04
03	1.168,49	1.168,49
04	75.439,93	75.439,93
05	2.291,26	2.291,26
06	2.715,81	2.715,81
07	281.308,48	281.308,48
08	63.652,68	63.652,68
09	13.750,16	0,00
10	20.688,93	20.688,93
TOTAL	3.292.248,92	2.334.324,09

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou parcialmente comprovado o cometimento, por parte do autuado, das infrações que lhe foram imputadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281228.0004/05-8**, lavrado contra **COMPANHIA HIDORELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.334.324,09**, sendo R\$ 166.988,37, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$ 2.167.335,72, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 281.308,48 e 60% sobre R\$ 1.886.027,24, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “a” e VII, “b” da citada Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

JOSE FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR