

AI. Nº - 269095.0001/07-9
AUTUADO - COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO (CHESF)
AUTUANTES - LUIZ ADRIANO DE ANDRADE CORREIA e LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 10.09.2008

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0256-04/08

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. É devido o estorno do crédito fiscal nas alienações de bens do ativo imobilizado, quando efetivadas antes de decorrido o prazo de 5 (cinco) anos da data da aquisição. Refeitos os cálculos pelos próprios autuantes a infração restou parcialmente subsistente. 2. BENS INTEGRANTES DO ATIVO FIXO. DESINCORPORAÇÃO POR ALIENAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) ANTES DE COMPLETAR UM ANO DA DATA DE AQUISIÇÃO. b) DEVOLUÇÕES. Infrações parcialmente caracterizadas. 3. MATERIAL DE USO E CONSUMO. DEVOLUÇÃO. UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL NA ENTRADA. Comprovada a devolução da mercadoria utilizando a mesma alíquota e base de cálculo, não infringindo assim, a legislação. Infração descaracterizada. 4. RETORNO DE DEMONSTRAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO DE OPERAÇÕES ESCRITURADAS. A legislação vigente estabelece que em demonstrações interestaduais tais operações são tributadas. Infrações caracterizadas. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/07/07, exige ICMS no valor de R\$ 886.468,87, em razão das seguintes irregularidades:

01. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, lançado no CIAP, referente a bens do Ativo Imobilizado que tenham sido alienados antes de decorrido o prazo de 05 (cinco) anos, contados da data da sua aquisição ou recebimento - R\$ 691.866,22, acrescido da multa de 60%.
02. Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes da desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, antes de completar 01 ano da sua incorporação, alíquota de 17% e demonstrativos nos Anexos IV e V – R\$ 1.445,00, acrescido da multa de 60%.
03. Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes da desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, antes de completar 01 ano da sua incorporação, alíquota de 12% e demonstrativos nos Anexos IV e V – R\$ 81.915,36, acrescido da multa de 60%.
04. Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes da desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, incidente nas devoluções desses bens com utilização do crédito fiscal na entrada, alíquota de 17% e demonstrativos nos Anexos VI e VII – R\$ 125,46, acrescido da multa de 60%.

05. Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes da desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, incidente nas devoluções desses bens com utilização do crédito fiscal na entrada, alíquota de 12% e demonstrativos nos Anexos VI e VII – R\$ 3.790,20, acrescido da multa de 60%.

06. Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes da desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, incidente nas devoluções desses bens com utilização do crédito fiscal na entrada, alíquota de 7% e demonstrativos nos Anexos VI e VII – R\$ 1.182,58, acrescido da multa de 60%.

07. Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar incidente na devolução de material de uso e consumo, porque permitido ao contribuinte creditar-se do valor que deveria ter sido lançado nos documentos fiscais de entrada, conforme art. 652, § 2º do RICMS/BA, alíquota de 17% e demonstrativos nos Anexos VIII e IX - R\$ 1.978,73, acrescido da multa de 50%.

08. Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar incidente na devolução de material de uso e consumo, porque permitido ao contribuinte creditar-se do valor que deveria ter sido lançado nos documentos fiscais de entrada, conforme art. 652, § 2º do RICMS/BA, alíquota de 12% e demonstrativos nos Anexos VIII e IX - R\$ 780,36, acrescido da multa de 50%.

09. Deixou de recolher ICMS no prazo regulamenta incidente na devolução de material de uso e consumo, porque permitido ao contribuinte creditar-se do valor que deveria ter sido lançado nos documentos fiscais de entrada, conforme art. 652, § 2º do RICMS/BA, alíquota de 7% e demonstrativos nos Anexos VIII e IX - R\$ 3.040,94, acrescido da multa de 50%.

10. Deixou de recolher ICMS destacado em documentos fiscais referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, alíquota de 17% e demonstrativos no Anexo X e NFs no Anexo XIV - R\$ 192,44, acrescido da multa de 50%.

11. Deixou de recolher ICMS destacado em documentos fiscais referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, alíquota de 12% e demonstrativos no Anexo X e NFs no Anexo XIV - R\$ 372,00, acrescido da multa de 60%, acrescido da multa de 50%.

12. Deixou de recolher ICMS destacado em documentos fiscais referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, alíquota de 7% e demonstrativos no Anexo X e NFs no anexo XIV - R\$ 9.347,53 acrescido da multa de 50%.

13. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades federativas, destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento e uso e consumo, demonstrativos constantes nos Anexos XI e XII - R\$ 90.432,05, acrescido da multa de 60%.

O autuado, em sua impugnação às fls. 300 a 314, inicialmente, discorre sobre as infrações havidas no presente auto de infração, de forma condensada em 06 tópicos enumerados de “a” a “f”. Diz que do valor total dos créditos reclamados reconheceu e pagou dentro do prazo de 10 dias a quantia que considerou devida de R\$ 715.467,97.

Entende que o presente Auto de Infração está em desacordo com a ordem normativa tributária que deve ser reformado; que contém vício susceptível de nulidade por ofensa ao art. 16, IV “a” do Decreto 7.629/99, tendo em vista a inexistência de elementos suficientes para determinar com segurança a natureza jurídica da infração, requerendo, pois, sua anulação.

Acusa ter recebido cópia do auto, além das planilhas e demais demonstrativos, todavia não foram apresentados os fundamentos jurídicos específicos que serviram de base para o Auto de Infração. Afirma, citando como exemplo a infração 01, em que o lançamento relativo ao estorno de crédito foi feito considerando a data da desincorporação e não a alienação de bens do Ativo Imobilizado. Entendendo ainda o fisco que a CHESF aproveitou-se de todo o crédito fiscal, deixando de estornar a parcela relacionada a bens do ativo imobilizado que foram alienados antes dos 05 (cinco) anos da data da aquisição ou recebimento dos bens.

Diz que nesse caso e em outros, houve presunção, uma vez que a autuação deve ser justificada com clareza e materialidade, fundamentando a ocorrência do fato gerador. As presunções são apenas indícios e não valem como prova, em contrário, as circunstâncias materiais do fato devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao contribuinte, conforme art. 112, II, CTN.

Defende ainda que houve ofensa ao princípio da ampla defesa tendo em vista que o Auditor no enquadramento da infração fez referência ao artigo infringido, deixando de especificar parágrafos e incisos, dificultando a produção da defesa.

No mérito, com relação a infração 01, diz que o lançamento tributário foi baseado em notas fiscais de transferência do ativo imobilizado, presumindo o fiscal que os bens foram alienados no primeiro dia do prazo prescricional, conforme art. 100º, § 7º do RICMS, uma vez que apenas uma parte das Notas Fiscais trazia a informação sobre a data da aquisição ou recebimento do bem. A verificação das datas da aquisição ou recebimento dos demais bens demandaria uma análise patrimonial, o que requer complexas diligências por parte de CHESF.

Assevera ainda que não utilizou o crédito de ICMS sobre bens do ativo mobilizado no período de setembro a dezembro de 2006; que alguns valores não deveriam constar da base de cálculo do auto de infração, tais como: transferências de material dentro do próprio Estado; Notas Fiscais com CFOP classificado erradamente; além de sucatas de ferro, automóveis e materiais elétricos.

Diante da impossibilidade de reunir toda documentação necessária à produção de provas resolve recolher R\$ 715.467,97, que será objeto de pedido de repetição de indébito em procedimento autônomo.

Com relação às infrações 02 e 03, lembra que separadas no auto em função da imposição de alíquotas diferentes, alega a Secretaria da Fazenda falta de recolhimento de ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado. Diz que o pagamento foi feito e que apresenta documentos comprobatórios de tais recolhimentos. Afirma ainda, não há que se falar em pagamento de ICMS em bens como pneus (nota fiscal 3090); sucata de cabo (nota fiscal 8417); caminhão ano 86 (nota fiscal 9383), e bens com mais de 01 ano de uso sobre os quais não incide ICMS, conforme Decreto 6.284/97 (art. 83), que transcreve. Argumenta ainda não incidir ICMS sobre vendas de bens pertencentes ao Ativo Imobilizado de Pessoa Jurídica não contribuinte do tributo, vez que essa venda foge da idéia de circulação econômica, inexistindo fato gerador. Insiste que, saídas circunstanciais entre almoxarifados com desfalque patrimonial alheio aos objetivos sociais da pessoa jurídica não há que falar-se em incidência sobre tais bens.

Com relação às infrações de 04 a 09, diz que são correlatas e se referem à devolução de material de consumo, citando exemplo na nota fiscal 9286, não se pode falar em ausência de recolhimento de ICMS na desincorporação de bens do ativo imobilizado, conforme narrado nas infrações 04 a 06, nem pleitear recolhimento na devolução de material de consumo nas infrações 07 a 09.

Afirma que de acordo com o art. 652 do RICMS/BA, na devolução, é dever do contribuinte destacar o mesmo imposto da nota fiscal de entrada, caso não tenha utilizado o crédito no ICMS. Condenar a CHESF ao pagamento sob esse fundamento fere o princípio da não cumulatividade do art. 155, II, § 2º, I e II da Carta Magna.

Aduz que as infrações 10, 11 e 12 tratam do não recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente à operações escrituradas nos livros fiscais próprios, separadas no auto de infração também em função da imposição de alíquotas diferentes; que tais operações são devoluções de materiais recebidos em demonstração e materiais para substituição de peças, que não houve utilização do crédito de ICMS pela CHESF e que foi destacado no documento fiscal unicamente para permitir o crédito do fornecedor junto ao seu Estado de origem.

Informa ainda que o tempo existente entre a entrada e a saída dos bens decorre de trâmites burocráticos existentes na empresa, e que às vezes até não os utiliza imediatamente, mantendo-os em estoque.

Acerca da infração 13, afirma que a mera saída física da mercadoria, consistente no deslocamento entre filiais da mesma empresa, não constitui fato gerador de ICMS, pois este demanda circulação econômica, mediante movimentação de riqueza, normalmente em função de compra e vendas de bens. Cita o Convênio AE-05/72, prorrogado pelo Convênio 151/94, além da Súmula 166 do STJ.

Diz ser fato notório que a CHESF é responsável pela geração de energia elétrica nos Estados do Norte e Nordeste, sendo rotineira a transferência de mercadorias nas suas atividades produtivas. Por esta razão não acha razoável pagar diferencial de alíquota toda vez que transferir bens de seu ativo imobilizado para aplicação em outros serviços de sua responsabilidade. Além disso, a descentralização de estoques é estrategicamente impraticável. .

Entende que o procedimento fiscal impossibilitou defesa prévia, de forma a suprir eventuais dúvidas pugna pela juntada posterior de provas, para em seguida pedir que seja o presente Auto de Infração julgado nulo.

Desacolhido o pedido de anulação, pede que:

Quanto à infração 01 – seja expurgado o valor de R\$ 150.296,53, declarando a satisfação completa da obrigação tributária, face ao pagamento em anexo (doc. 02), não devendo ser considerado renúncia ao direito de posterior pedido de repetição.

Quanto às infrações 02 e 03 – acolhimento da impugnação para expurgar o ICMS das mercadorias destinadas a leilão, haja vista que o pagamento foi realizado pelos arrematantes.

Quanto as infrações 04 a 12 – anulação dessas infrações, uma vez que a CHESF não utilizou o crédito de ICMS.

Quanto à infração 13 – seja anulada essa infração, uma vez que se trata de transferência interestaduais de materiais de consumo, meras transferências entre almoxarifados.

Conclui requerendo a produção de provas pelos meios de direito admitidos e especialmente a juntada posterior de documentos.

Os autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 605 a 624, afirmam, inicialmente, que a mesma objetiva rebater as alegações da defesa e clarear aspectos do Auto de Infração. Discorre acerca do autuado informando que é uma empresa concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica, realizando as atividades de geração, transmissão e comercialização dessa energia. Atua nos Estados da Região Nordeste, existindo unidades geradoras em alguns deles e unidades consumidoras em todas, sejam as próprias concessionárias distribuidoras estaduais ou consumidoras industriais.

Sobre a pretensão da autuada, esclarecem que, do recolhimento feito pela CHESF no valor de R\$ 715.467,97, fl. 31, a obrigação principal do ICMS, importou em R\$ 541.569,69, acréscimos moratórios R\$ 108.909,94 e multa R\$ 64.988,34. Sobre a anulação do auto de infração requerida às fls. 302 e 303 do PAF diz que as alegações são infundadas, uma vez que as provas a que tiveram acesso foram anexadas ao auto de infração. Dizem que as notas fiscais que deixaram de ser juntadas aos autos foi porque não foram apresentadas à fiscalização, apesar das várias intimações anexas aos autos. Os registros feitos nos demonstrativos elaborados pelos Auditores dessas notas foram colhidos da escrita fiscal do sujeito passivo.

Rebatem ainda que não houve falta de apresentação dos fundamentos jurídicos das infrações, uma vez constantes no próprio Auto de Infração, portanto, incabível a alegação de dificuldade na produção da defesa.

Acerca do pedido para juntada posterior de documentos dizem que deve ser indeferido e transcreve o art. 123 do RPAF, reiterando que o processo administrativo fiscal determina que as alegações de defesa sejam apresentadas de uma só vez, que as provas sejam apresentadas no momento da impugnação, salvo em condições específicas, não verificadas no presente caso, estando, pois, precluído o direito da autuada juntar novos documentos ou impugnação.

Aduzem ainda os autuantes, sobre a interpretação das circunstâncias materiais do fato de maneira mais favorável ao contribuinte por previsão do art. 112, II, CTN, suscitada na defesa, que seguiram tal determinação quando consideraram todas as entradas de bens do Ativo Imobilizado com alíquota de 7%, tendo em vista que a maioria das aquisições procedia dos Estados do Sul e Sudeste, sendo impossível detectar a real origem dos bens.

Continuam afirmando que consideraram o procedimento adotado pela autuada em creditar-se de 48% do ICMS destacado no documento fiscal, sendo que a saída de energia elétrica se dava com redução de base de cálculo de 52%; lançava no CIAP apenas 48% do ICMS e se apropriava mensalmente de 1/48 desse crédito fiscal.

Em seguida, passam os auditores a discorrer sobre cada uma das infrações. Com relação à primeira, dizem que do valor histórico da infração foi recolhido R\$ 541.569,69, restando ainda R\$ 150.269,53, para os quais a autuada apresenta planilha, fl. 323, com os valores mensais de estorno do crédito fiscal que considera devido e os questionáveis cujos argumentos apresenta na defesa.

Apresentam um resumo da alegação do autuado nesse item para informar, segundo a CHESF, que parte dessa desincorporação foi resultado de operações de vendas em leilão de bens impréstáveis para usos, obsoleto ou sucatas, portanto, adquiridos a mais de um ano. E, nesse caso, o estorno não poderia ser total, devendo ser permitido o uso do crédito pelo período de utilização do bem. Não há comprovação que tais bens tinham mais de 04 anos de uso, não sendo prova o mero fato de serem vendidos em leilão. Afirmam que bens recém adquiridos com avarias ou defeitos poderiam ter, do ponto de vista financeiro, seu conserto inviabilizado. Perdendo sua finalidade poderiam ser vendidos como sucatas. A forma de comprovar tais alegações, através da apresentação dos documentos fiscais de aquisição, não foi exercida pela autuada.

No entanto, com relação aos veículos alienados pela autuada, os autuantes modificam seu entendimento, uma vez que o ano de fabricação do veículo consta nas Notas Fiscais de vendas, retificam assim os demonstrativos Anexos II, III-B e III-C.

Informam ainda os auditores, um segundo ponto de discordância nessa infração 01 que diz respeito à existência de Notas Fiscais do Anexo I que correspondem à transferência de material dentro do próprio Estado e códigos de CFOP classificados de forma errônea pela CHESF. Para embasar seu questionamento, a autuada apresenta demonstrativos às fls. 345 a 350. Concordam os auditores que houve um erro ao considerar as saídas com o CFOP 552, não havendo nesse caso desincorporação do bem, mas tão somente movimentação física dentro do Estado da Bahia. Excluídos também os valores relativos ao CFOP classificados erradamente. Com relação à nota fiscal 9316, concordam também os auditores que o valor correto é R\$ 90,00 e não R\$ 9.000,00. Ainda com relação à infração 01, dizem que a autuada tem razão sobre a não utilização do crédito fiscal nos meses de setembro a dezembro de 2006 e retificam o demonstrativo respectivo.

Afirmam que após análises das três alegações relativas à infração 01, os autuantes acatam, em parte a primeira e integralmente as outras duas, anexando novos demonstrativos.

Dizem que, entretanto, perceberam novas divergências nos valores creditados em 2006, anexando para sua comprovação cópia de resumos de apuração de ICMS mensal desse exercício e novos demonstrativos de débito em comparação com o anterior.

Segundo os autuantes, após as retificações supra mencionadas, o valor original dessa infração fica reduzido para R\$ 665.904,61, considerando o recolhimento de R\$ 541.569,69, remanesce o débito de R\$ 124.334,92. Apresentam o novo demonstrativo de débito.

No que se refere à infração 02, dizem os auditores acatarem as alegações da autuada que anexa cópia das Notas Fiscais e dos DAE's comprovando o pagamento no valor de R\$ 1.445,00.

Na infração 03, os autuantes analisando os documentos apresentados às fls. 351 a 603, verificaram que a autuada não apresentou a totalidade dos recolhimentos, faltando os DAE's de junho/2004,

nos valores de R\$ 38,40 (nf. 8128) e R\$ 792,00 (nf. 8129). Apresentam novo demonstrativo de débito para essa infração, reduzindo de R\$ 81.915,36 para R\$ 830,40.

Asseveram ainda que não houve incidência de ICMS nas operações com pneus, sucata de cabo, caminhão ano 86, notas fiscais 3090, 8417 e 9383, respectivamente, conforme consta das alegações do autuado, conforme pode ser examinado no Anexo IV do auto sob análise. Dizem também não ter procedência as alegações de não incidência sobre a venda de bens pertencentes ao ativo imobilizado de pessoa jurídica não contribuinte do tributo. Incabível, pois a autuada é contribuinte do ICMS. Refutam o mesmo raciocínio para a alegação da não incidência nas “saídas isoladas e circunstanciais – mesmo entre Estados diferentes, mas entre almoxarifados – com desfalque patrimonial alheio aos objetivos sociais da pessoa jurídica”, afirmando que apesar da tributação normal nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, na época da ocorrência das saídas, objeto da atual fiscalização, existia isenção legal para tais operações e isso foi obedecido.

Descrevem os auditores que em relação à infração 04 a alegação é de que se trata de devoluções de material de usos e consumo. No entanto, a autuada não apresentou, quando intimada, as notas fiscais correspondentes. Além disso, as mesmas estão registradas com os CFOP's 5533 e 6533, que correspondem a operações de devolução de bens do ativo mobilizado. Pedem, enfim, a procedência desse item, no valor de R\$ 125,46. Nos itens 05 e 06, garantem os auditores, a alegação e a explicação são as mesmas e, procedentes, nos valores de respectivamente R\$ 3.790,20 e R\$ 1.182,58.

Para as infrações 07, 08 e 09, sustentam os autuantes que a alegação defensiva é no sentido de que não se pode pleitear recolhimento de ICMS na devolução de material de consumo, sob pena de ferir o princípio da não cumulatividade, art. 155, II, § 2º, I e II da Carta Magna. Citam, entretanto, os auditores, o art. 652, § 2º, RICMS/BA que orienta o procedimento fiscal em tal caso e esclarecem que a exigência fiscal não é para estornar créditos decorrentes da devolução, mas sim o ICMS que é devido na devolução de material de consumo.

Citam também o art. 142, CTN, que prega a atividade vinculada e obrigatória do auditor fiscal no lançamento e constituição do crédito fiscal. Assim, deve fazê-lo, de ofício, quando o próprio contribuinte não o fizer. Reiteram que a alegação defensiva de que nada deve em virtude de não ter apropriado o crédito fiscal relativo à entrada de tais mercadorias, não pode prosperar, tendo em vista que as operações de aquisição e devolução são autônomas e constituem fatos geradores distintos de circulação de mercadorias.

Explicam que a utilização do crédito fiscal, na devolução de mercadoria de uso e consumo, conforme previsão na legislação baiana, é um direito do contribuinte e que tem suporte no princípio constitucional questionado. É um direito com prazo para ser exercido sob pena de sua extinção decadencial, nos termos do art. 93, do RICMS/BA. Portanto, finalizam que a devolução de tais mercadorias é fato gerador que dá nascimento à obrigação tributária. A falta de utilização do crédito fiscal correspondente não pode ser motivo para a falta de recolhimento do imposto devido.

Assim, solicitam procedência respectivamente nos valores R\$ 1978,73; R\$ 780,36 e R\$ 3.040,94.

Para as infrações 10, 11 e 12, informam os Auditores que tais operações se referem à devolução de materiais recebidos em demonstração e materiais para substituição de peças. Dizem que também a autuada não utilizou o crédito fiscal correspondente às entradas e que o ICMS destacado nas notas fiscais de saída teve o fito único de permitir o creditamento do fornecedor.

Valem aqui, afirmação dos Auditores, as mesmas considerações apresentadas com relação às infrações 07, 08 e 09 e solicitam procedência para os valores de R\$ 192,44; R\$ 372,00 e R\$ 9.347,53.

Com relação ao item 13, repetem os Auditores a alegação da autuada, no sentido de que realiza intensa movimentação de mercadorias e bens entre seus estabelecimentos dentro e fora do Estado, principalmente em função da centralização de seus estoques de peças em poucos

almoxarifados nas regiões de atuação e que tais movimentações são isentas de ICMS, conforme Convênio AE – 05/72, prorrogado pelo Convênio ICMS 151/94, além da Súmula 166 do STJ, afirmando que “*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento físico da mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo titular*”.

Para rebater, transcrevem o art. 22 do RICMS/BA, que trata de isenção nas operações com energia elétrica, definindo que a movimentação por transferência interestadual de mercadorias de uso e consumo não está amparada pela citada isenção.

Concluem afirmando que sendo a operação interestadual tributada normalmente é devida a cobrança do diferencial de alíquotas nas entradas de mercadorias de uso consumo, mesmo nos casos de transferência de outros estabelecimentos da mesma empresa situado em outras unidades da Federação, aplicando-se o previsto no art. 624, § único, II do RICMS/BA, que transcrevem.

Ratificam o entendimento, solicitam seja julgada procedente a exigência fiscal no valor R\$ 90.432,05.

O contribuinte volta a manifestar-se às fls. 666 a 678 acerca das informações prestadas pelos Auditores, considerando que alguns dos seus argumentos defensivos foram acatados na Informação Fiscal e reconhece o débito de R\$ 129.165,49 (valor histórico). Faz, neste momento, novo recolhimento de R\$ 34.437,02 (valor histórico), correspondente ao DAE de R\$ 59.831,58 (fls. 683) e afirma que o recolhimento complementar do valor reconhecido será feito quando da resolução do impasse com a Fazenda Estadual.

Reitera os termos de sua impugnação inicial, o entendimento de vício susceptível de nulidade, nos termos do art. 18, IV “a”, Decreto 7.629/99, ausência de fundamento jurídico, materialidade e volta a discorrer no mérito sobre cada infração.

Na infração 01, alega que apesar do acatamento das argumentações do contribuinte, não foi atualizada a planilha de cálculo para excluir os valores R\$ 16.195,21 (01/2005); R\$ 7.206,00 (12/2005) e R\$ 8.810,00 (nota fiscal 9316); as infrações 02 e 03, acatadas pelos fiscais, devem ser excluídas, restando apenas um saldo de R\$ 830,00, já quitado pela CHESF; a infração 05, no valor de R\$ 3.751,20, o recolhimento ocorreu de acordo com a legislação; infrações 04 e 06, também devem ser excluídas do auto porque pagos seus saldos finais; as infrações 07, 08 e 09, referem-se à cobrança de ICMS na devolução de materiais de consumo, cujo dever do contribuinte positivado no art. 652, RICMS BA é destacar, nas saídas por devolução, o mesmo imposto da nota fiscal de entrada, caso não tenha sido utilizado o crédito de ICMS. Exigir tal pagamento fere o princípio constitucional da não cumulatividade (art. 155, II, § 2º, CF/88). Decisão favorável a CHESF ocorreu no AI 281228.0004/05-8; nas infrações 10, 11 e 12, o tratamento tributário para os materiais de consumo e demonstração, nesses itens, é diferente da anterior relativo às devoluções. Diz que a CHESF não utilizou o crédito do ICMS, o destaque ocorreu unicamente para que o fornecedor pudesse creditar-se junto ao Estado de origem, além da suspensão prevista no art. 599, RICMS BA. Ainda assim, diante da impossibilidade de reunir toda a documentação de provas necessária, resolveu-se pelo pagamento do saldo; por fim, em relação à infração 13, reitera os argumentos anteriormente apresentados, nota fiscal lançada em duplicidade e que tal operação não pode ser tributada conforme Súmula 166 do STJ citando ainda o RESP 62.383.9-SP, STJ EMB. DIV. 36.060-MG.

Insiste pela juntada posterior de novos documentos sob a justificativa de apresentação contra argumentos trazidos aos autos também posteriormente (art. 123, §5º, RPAF BA e art.16, §4º, c, Decreto 70.235/72); não ter ainda se encerrado a fase de instrução processual; além do procedimento que antecedeu a lavratura do auto não ter possibilitado a defesa prévia da CHESF. Reitera os pedidos feitos na inicial.

Considerando que sujeito passivo se manifesta às fls. 666 a 678 acerca da Informação Fiscal, reconhece parte do débito, faz recolhimento complementar de R\$ 34.437,02 (fl. 683), adiciona novas planilhas, esta JJF decidiu converter o PAF em diligência à Inspetoria de origem para que sejam adotadas as seguintes providências:

1 – Pelos Auditores Fiscais, analisar os argumentos e provas apresentadas; refazendo os demonstrativos anexados à Informação Fiscal, de acordo com o que restar comprovado. Elaborar novo demonstrativo de débito, após manifestação do sujeito passivo, supra mencionada, acerca de cada infração remanescente; esclarecendo ainda: **a)** sobre a procedência ou não da atualização da base de cálculo relativamente aos valores não expurgados, segundo as razões defensivas, à fl. 670, e acerca dos seguintes valores: 1) R\$ 16.195,21 (01/2005); 2) R\$ 7.206,00 e 3) R\$ 8.810,00 e **b)** sobre os créditos fiscais questionados nas devoluções de materiais de uso e consumo.

2 - Após as providências acima a INFAZ deve intimar o sujeito passivo, fornecer cópias da documentação recém produzida com o visto de seu recebimento, reabrindo o prazo de defesa, nos termos da legislação em vigor.

Procedida à diligência, os auditores apresentam considerações sobre a parcela do auto de infração reconhecida; sobre o vício susceptível de nulidade e sobre as infrações contidas na lide:

Infração 01 – Tal infração resultou na cobrança de ICMS no valor de R\$ 691.866,22, sendo que a autuada reconheceu e pagou R\$ 541.569,69, conforme DAE de fl. 318; para o valor remanescente de R\$ 150.296,53, apresenta planilha (fl. 323) e alegações defensivas às fls. 300 a 313, assim resumidas:

1 – parte das desincorporações foi resultado de vendas em leilão de bens imprecipitáveis, obsoletos ou sucatas adquiridas a mais de 01 ano, devendo ser permitido o uso de crédito pelo período de utilização do bem. Quer a autuada abater o valor total das vendas em leilão, o que corresponde admitir que os bens foram adquiridos a mais de 04 anos. Faltam, porém, documentos de provas. Foram, no entanto, expurgados do levantamento os veículos alienados porque contêm nas notas fiscais de vendas o ano de fabricação dos mesmos. Demonstrativos nos Anexos II, III-B e III-C do auto de infração;

2 – as notas fiscais do Anexo I correspondem à transferência de material dentro do Estado, além de notas com CFOP classificados com erro pela CHESF. A autuada apresenta às fls. 324 a 338 planilhas refazendo o CIAP contendo os valores que julga pertinente; às fls. 345 a 350, relação das notas que deveriam ser excluídas. De fato, reconhece equívoco ao considerar as saídas de ativo por transferência interna com CFOP 5552, uma vez tratar-se simples movimentação física interna, não fazendo a exclusão no Anexo II, nem retificaram os estornos nos Anexos III-B e III-C.

Assim, além de retificar os levantamentos apresentados com a exclusão das notas com CFOP 5552 (notas fiscais 8382, 9301 e 1788), ajustam também lançamento da nota fiscal 9316, cujo valor correto é R\$ 90,00 invés de R\$ 9.000,00;

3 – a autuada não utilizou ainda o crédito fiscal do CIAP de setembro/dezembro de 2006, indevido, portanto, o estorno solicitado na ação fiscal, relativamente a esse período.

Assim, em cumprimento à diligência, considerando as alterações supra relatadas e os recolhimentos feitos, em valores históricos, R\$ 541.569,69 e R\$ 29.277,62, resta ainda um saldo a pagar na ordem de R\$ 94.729,02, relativamente a infração 01.

Infração 02 – acatadas as reclamações da autuada.

Infração 03 – acatadas as reclamações da autuada, além do pagamento das parcelas relativas as notas fiscais 8128 (R\$ 38,40) e 8129 (R\$ 792,00), que totalizam o valor de R\$ 830,40, efetuado à fl. 711.

Infração 04 – acatadas as reclamações da autuada, além do pagamento das parcelas relativas as notas fiscais procedente no valor de R\$ 125,46, efetuado à fl. 711.

Infração 05 – acatadas as reclamações da autuada com a exclusão da exigência relativa a nota fiscal 6929, de 05.01.04, no valor de R\$ 3.751,20 e pagamento da parcela R\$ 39,00, efetuado à fl. 711.

Infração 06 – autuada admite o débito e efetua pagamento no valor de R\$ 1.182,58, fl. 711.

Infrações 07, 08 e 09 – referem-se ao recolhimento de ICMS na devolução de materiais de consumo e de uso, refutado pelo autuado, mas cuja exigência é ratificada pelos Auditores, nos valores de R\$ 1.978,73, R\$ 780,36 e R\$ 3.040,94, respectivamente para cada uma das infrações.

Infrações 10, 11 e 12 – referem-se ao recolhimento de ICMS na devolução de materiais recebidos para demonstração e substituição de peças, cujo crédito não foi utilizado na entrada das mercadorias, igualmente refutado pelo autuado, mas cuja exigência é ratificada pelos Auditores. A autuada não consegue comprovar as parcelas relativas às infrações 10 e 11, faz os respectivos recolhimentos contestando a exigência relativa à infração 12, nota fiscal 8176, de 28.06.04, cujo ICMS destacado importa em R\$ 6.930,00, infração considerada procedente pelos autuantes.

Infração 13 – Refere-se à exigência de diferença de alíquota nas entradas, via transferência, de mercadorias de uso e consumo, e para integrar o ativo imobilizado da empresa, também questionada pelo autuado. Os Auditores identificaram registros feitos em duplicidade na escrita fiscal do autuado, procedendo aos ajustes nos Anexos XI e XII, com a elaboração de novos demonstrativos salvo dos erros. O valor anterior exigido de R\$ 90.432,05 passa para R\$ 68.876,58.

Concluída a diligência (fls. 719/737), os auditores encarregados apresentam demonstrativo de débito, constando os valores retificados após exclusão daqueles considerados não pertinentes, pagamentos efetuados pelo autuado e o débito remanescente para cada infração, restando um saldo a recolher no valor de R\$ 176.335,63 (fl. 737).

Intimado do resultado da diligência, o autuado apresenta manifestação nos termos a seguir expostos (fls. 811/819):

- 1 – Apresenta pagamento no valor de R\$ 94.729,02, complementar ao item anteriormente reconhecido, restando assim sem mais discussão as infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 06;
- 2 – quanto às infrações 07, 08 e 09, entende a autuada que descabe a exigência do ICMS incidente sobre a devolução de materiais de uso e consumo, nos termos do art. 652, RICMS BA, porque fere o princípio da não cumulatividade, além da existência de parecer no Auto 281228.004/05-8, favorável à sua tese defensiva;
- 3- para as infrações 10, 11 e 12, a autuada efetua o recolhimento dos itens que julga pertinente e apresenta impugnação para a devolução de materiais recebidos em demonstração através da nota fiscal 8176, de 28.06.04, que exige ICMS de R\$ 6.930,00;
- 4 – reitera todas as considerações feitas anteriormente acerca da infração 13, pedindo ao final seu cancelamento tendo em vista que os valores autuados se referem a meras transferências interestaduais de materiais de consumo entre almoxarifados de um mesmo estabelecimento.

VOTO

Antes do mérito, cumpre apreciar as preliminares.

Diz o autuado que na presente autuação houve presunção e ofensa ao princípio de ampla defesa, visto que os auditores fizeram referência a artigos infringidos, mas deixaram de especificar parágrafos e incisos.

Ainda que as circunstâncias materiais do fato devam ser interpretadas da maneira mais favorável ao contribuinte, conforme art. 112, II, CTN. Constato, no entanto, presentes os elementos fundamentais na constituição do lançamento tributário. As infrações levantadas encontram-se epigrafadas no Auto de Infração explicitando os fatos e as circunstâncias de suas ocorrências, o enquadramento legal, além da tipificação da multa aplicada. Não vislumbrei também qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja clara manifestação nesse processo administrativo fiscal deu-se mediante as várias oportunidades ao sujeito passivo para que este, em querendo, oferecesse oposição à pretensão do fisco, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende provar as suas

alegações, além de diligência fiscal executada para a elucidação de matérias suscitadas pelo próprio autuado.

Por fim, quanto à interpretação mais favorável ao contribuinte, prevista no artigo 112, CTN e como o próprio conteúdo da norma recomenda, ao definir infrações ou cominar penalidade, interpreta-se, existindo dúvida, a favor do sujeito passivo. Portanto, a regra a ser observada é na existência da dúvida, o que não parece ser o caso em questão.

Rejeitadas por tais motivos as preliminares invocadas.

No mérito, cuida-se de questionar a exigibilidade de ICMS decorrente das 13 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças que compõem o presente PAF, faço as seguintes constatações:

Na infração 01 é imputado ao autuado a falta do estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor R\$ 691.866,22 referente a bens do ativo imobilizado alienados antes de decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contado da data de sua aquisição ou recebimento.

De início, em sua peça defensiva o autuado informa que reconheceu e pagou o valor R\$ 541.569,69 (fl. 318). O valor restante, R\$ 150.296,53, o autuado apresenta planilha (fl. 323), argumentando ser indevido. Por sua vez, e após diligência solicitada à fl. 716, os auditores fiscais procedem à alteração nessa infração passando seu valor de R\$ 691.866,22 para R\$ 665.576,33; considerando o valor já recolhido de R\$ 541.569,69, o valor do ICMS ainda a recolher é de R\$ 124.006,64, conforme constante das planilhas fls. 723/724.

Questiona o autuado que o lançamento tributário tem por base notas fiscais de transferências do ativo imobilizado, entendendo o fisco que os referidos bens foram alienados antes de decorrido o prazo de 5 (cinco) anos da data da aquisição.

Verifico que são pertinentes os argumentos e valores apresentados no trabalho fiscal, uma vez que o argumento defensivo de que parte das desincorporações foi resultado de operações de venda em leilão de bens imprecáveis para uso, obsoletos ou sucatas não pode ser acolhido, pois somente as notas fiscais de aquisições comprovariam que os bens foram adquiridos há mais de 04 anos. Durante o procedimento da diligência fiscal, supra mencionada, os autuantes analisaram as explicações e fundamentos defensivos acolhendo parte dos argumentos constantes da peça defensiva. Assim é que, os veículos, cujas notas fiscais de vendas comportavam a data de aquisição foram excluídos do levantamento fiscal (fl. 609); as saídas de ativo por transferências internas com CFOP 5552, não foram entendidas como desincorporação, mas apenas movimentação física dentro do mesmo estabelecimento e foram igualmente excluídas; além da nota fiscal 9316 (fl. 594), cujo valor é R\$ 90,00 e foi, no levantamento, considerado R\$ 9.000,00, com a exclusão do valor de R\$ 8.910,00; comprovado que o autuado não utilizou crédito fiscal apurado pelo CIAP nos meses de setembro a dezembro de 2006 (fls. 319/322), o estorno indevido foi excluído também do levantamento. O conjunto dessas exclusões fez o levantamento inicial passar para R\$ 665.576,33, que, considerando aquela parcela inicial reconhecida pelo autuado de R\$ 541.569,69, resultou na exigência tributária no valor de R\$ 124.006,64.

Parcialmente caracterizada a infração 01, o autuado recolheu, em seguida, outros R\$ 29.277,62 relativo a essa infração, de um total de R\$ 34.437,03 (fl. 683). Em 30.04.2008, recolheu a última parcela no valor de R\$ 94.729,02 (fl. 824). Em concluso, é procedente parcialmente a infração 01.

Valem para essa infração os demonstrativos dos auditores levantados às fls. 722 a 725.

Na infração 02 é imputado ao autuado falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 1.445,00 nas saídas decorrentes de desincorporações de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento antes de completarem 01 (um) ano de sua incorporação, constantes nos demonstrativos, Anexos IV e V, exercícios de 2003 e 2004, saídas com alíquota de 17%.

Na peça defensiva o autuado alegou recolhimento tempestivo dos valores cobrados e os auditores reconheceram a procedência das alegações cujos comprovantes estavam entre os documentos de

fls. 351 a 603. Assim: **I** - o valor de R\$ 102,00 (nota fiscal 8807), 05/04 – pago através DAE fls. 398/400; **II** - o valor de R\$ 340,00 (nota fiscal 1241), 07/04 – pago através DAE fls. 435/436; **III** - o valor de R\$ 1.003,00 de 10/05 é desdobrado em varias notas fiscais, a saber: a) nf 9369 – ICMS 153,00 – pago através DAE fls. 539/540; b) nf 9370 – ICMS 221,00 – pago através DAE fls. 542/543; c) nf 9373 – ICMS 629,00 – pago através DAE fls. 547/549. Assim, concordo com a exclusão do item referenciado. Infração elidida.

Na infração 03 é imputado ao autuado falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 81.915,36 nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, antes de completar 01 (um) ano de sua incorporação, constantes nos demonstrativos, Anexos IV e V, exercícios de 2004 e 2005, saídas com alíquota de 12%.

Na mesma forma da infração anterior, o autuado alegou em sua peça defensiva que estava apresentando a totalidade das notas fiscais e comprovantes de pagamentos tempestivamente efetuados, para demonstrar a ausência de saldo a pagar. Entretanto, analisando os documentos acostados pela defesa às folhas 351 a 603, os autuantes verificaram que o autuado não apresentou a totalidade dos recolhimentos, faltando DAES de junho/2004, relativas as notas fiscais 8128 (R\$ 38,40) e 8129 (R\$ 792,00), que totalizam o valor de R\$ 830,40.

Logo, a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor remanescente de R\$ 830,40 conforme demonstrativo de fl. 726. Ressalto, todavia, que o autuado reconheceu e efetuou o recolhimento do referido valor em 15/10/2007, de acordo com documentado encartado em fl. 711. Infração elidida em parte.

Nas infrações 04, 05 e 06 é imputado ao autuado falta de recolhimento do ICMS, nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, referente a devoluções com utilização do crédito fiscal na entrada, sendo que na infração 04 foram apuradas saídas com alíquota de 17%, na infração 05 saídas com 12% e na infração 06 saídas com 7%.

Nas infrações 04 e 06 o autuado admite o débito de R\$ 125,46 e de R\$ 1.182,58 (R\$ 904,33 + R\$ 133,00 + R\$ 145,25) procede ao recolhimento conforme documento do SIGAT de fl. 711; com relação à infração 05, o valor de R\$ 3.751,20 da nota fiscal 6929, de 05.01.2004 (fl. 705), não se refere a uma devolução por desincorporação de bens do ativo, mas a uma devolução de material recebido 05 dias antes, através da nota fiscal 096, de 31.12.03 (fl. 706). A exigência de imposto no valor de R\$ 39,00, de 09/2005, foi acatada pelo autuado, fazendo o devido recolhimento conforme fl. 711. Portanto, são procedentes as infrações 04 e 06. A infração 05, elidida em parte, com o valor devido de R\$ 39,00, recolhido em 30.09.2005. Demonstrativo de débito de fl. 727.

Nas infrações 07, 08 e 09, imputa-se ao autuado a falta de recolhimento do ICMS incidente nas devoluções de materiais de uso e consumo, permitido ao contribuinte creditar-se do valor do imposto que deveria ter sido lançado nos documentos fiscais, conforme art. 652, §2º, sendo que na infração 07 foram apuradas saídas com alíquota de 17%, na infração 08 saídas com alíquota de 12% e na infração 09 saídas com 7%.

Aqui, sustenta o sujeito passivo que não se pode pleitear recolhimento de ICMS na devolução de material de consumo, sob pena de ferir o princípio da não cumulatividade, presente no art. 155, II, § 2º, I e II da Carta Magna. Por sua vez, os auditores invocam o art. 652, § 2º, RICMS BA, para orientar o comportamento fiscal no caso em tela, reiterando ser devido ICMS na devolução de material de consumo.

Antes, necessária uma análise dos créditos de ICMS relativos a bens que se destinam ao uso e consumo, o princípio da não cumulatividade, presentes nessa questão, de acordo com a legislação que rege a espécie.

Sabemos, dada a atual conformação constitucional, que o mencionado princípio não perde sua eficácia seja para a utilização no seu processo industrial ou comercial, ou mesmo quando da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado do contribuinte. Somente na ocorrência da isenção ou da não incidência, ressalvada lei em contrario, “não implicará crédito para

compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes” e assim “acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores”. É o que diz o art. 155, § 2º, I e II “a” e “b”, da CF.

Por sua, a Lei Complementar 87/96, em seu artigo 20, ao declarar a existência desse direito teve o mérito de espantar o comando contrário que havia no superado Convênio ICM 66/88 (art. 31, II).

art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Ocorre que objetivando avaliação mais precisa do impacto nas receitas estaduais e municipais, o direito ao aproveitamento de crédito referente às mercadorias de uso e consumo do estabelecimento, originalmente, estabelecido para entrar em vigor a partir de 01.01.98 (art. 33, I, LC 87/96), tem sido seguidamente adiado, sendo a última previsão dada pela LC 122/06, agora a partir de 01.01.2011.

Assim, em princípio, normalmente, o ICMS incide sobre bem destinado a uso, consumo ou ativo fixo. Havendo a operação, que não seja preta por isenção ou não incidência, dela nasce para o contribuinte subsequente, crédito de ICMS, cujo termo inicial para fruição desse direito está hoje estabelecido através de Lei Complementar 122, de 12.12.06.

Esta mesma previsão na legislação de ICMS Estado da Bahia está contemplada na atual alínea "b", do inciso V do *caput* do art. 93, RICMS, dada pelo Decreto 10.195, de 27.12.2006.

Analisando o disposto no art. 652, RICMS BA e no seu § 2º, invocados pelos autuantes para fundamentar a exigência de ICMS nas devoluções de materiais de uso e consumo, percebo um equívoco. O dispositivo em referência não trata desse tipo de devolução, mas de mercadorias cuja entrada possa ter, eventualmente, ocorrido sem a utilização do crédito fiscal pelo recebedor. O parágrafo segundo trata dos procedimentos a serem observados quando já tenha sido paga a diferença de alíquotas “no caso de devolução de mercadorias [sic] ou bens adquiridos para uso, consumo ou ativo permanente”.

Art. 652. Na hipótese de devolução de mercadoria cuja entrada tenha ocorrido sem utilização de crédito fiscal pelo recebedor, será permitido a este creditar-se do ICMS lançado na Nota Fiscal de devolução, desde que em valor igual ao do imposto lançado no documento originário.

§ 2º No caso de devolução de mercadorias ou bens adquiridos para uso, consumo ou ativo permanente, já tendo sido paga a diferença de alíquotas, o valor correspondente será recuperado mediante lançamento no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS, pelo valor nominal, com a observação "Diferença de alíquotas - mercadoria devolvida", a menos que o imposto relativo à diferença de alíquotas já tenha sido utilizado como crédito.

Nesta quadra, não me parece assistir razão à autuação nesse item, conforme preconizado pelos Auditores. Implicaria exigir ICMS numa operação de devolução de bens destinados ao uso e consumo, cujo direito à fruição do crédito no momento de sua aquisição foi impedido, conforme as orientações legais anteriormente estudadas. A operação de devolução tem por objetivo anular os efeitos da operação anterior, inclusive os tributários. Isto explica, inclusive, a utilização das mesmas alíquota e base de cálculo que vigoravam na operação original.

Portanto, em não havendo utilização efetiva dos créditos de ICMS na aquisição de materiais de uso e consumo constantes nos Anexos VIII e IX do presente auto de infração, incabível a

exigência das infrações 07, 08 e 09, respectivamente nos valores R\$ 1.978,73; R\$ 780,36 e R\$ 3.040,94. Elididas, pois, tais infrações.

Com relação às infrações 10, 11 e 12, imputa-se ao autuado a falta de recolhimento do ICMS destacado em documentos fiscais, incidente nas devoluções de materiais recebidos em demonstração, para substituição de peças e o consumo, sendo que na infração 10 foram apuradas as saídas com alíquota de 17%, na infração 11 saídas com 12% e na infração 12 saídas com 7%.

Cuidam tais infrações das operações de devolução de materiais recebidos em demonstração e materiais para substituição de peças, cuja exigência de ICMS está sendo contestada pelo autuado sob o argumento de não utilização do crédito fiscal correspondente às entradas e que o ICMS destacado nas notas fiscais de saída teve o fito único de permitir o creditamento por parte do fornecedor.

Observo que tais notas constam do demonstrativo à fl. 74 (Anexo X). O autuado procedeu ao recolhimento das infrações nº 10, 11 e parcelas da infração 12, conforme documento do SIGAT (fl. 713) e questiona uma das parcelas da 12, que passo a analisar.

Trata do retorno de materiais recebidos em demonstração, através da nota fiscal 26588 (fl. 703) de estabelecimento situado no Estado de Santa Catarina, conforme nota fiscal 8.176, de 28.06.04 (fl. 702), além de cópias dos livros fiscais (fls. 148/149).

A princípio, as saídas de materiais destinados à demonstração (com posterior retorno) não passam de simples remessas para exame ou divulgação do bem, não se enquadrando no conceito de operação jurídica ou de mercadorias para fins da composição da regra matriz do ICMS. No entanto, diante da necessidade de estabelecer algum controle na circulação das mercadorias no território nacional, os Estados têm tributado tais operações, mormente quando se tratam de operações interestaduais. Nesse norte, o art. 599, RICMS/BA estabeleceu a suspensão da incidência do ICMS, obedecidos alguns critérios definidos na norma, e apenas para as saídas internas.

Assim, entendo procedente a exigência do ICMS em tais retornos de demonstração, devendo o autuado recolher a parcela remanescente de R\$ 6.930,00. Procedentes, pois, as infrações 10, 11 e 12, valendo-se dos demonstrativos de débito procedidos pelos auditores na fl. 732. Cabe observar o direito do contribuinte na utilização dos créditos correspondentes, respeitando-se o disposto no art. 101, § 1º, RICMS/BA.

Na infração 13 é imputado ao autuado falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 90.432,05 decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento e para integrar o seu ativo permanente.

Após a diligência solicitada à fl. 716, os autuantes fizeram novo exame acerca desse item e detectaram a existência de lançamentos em duplicidade feitos a partir de erros promovidos pelo próprio autuado em sua escrita fiscal e que permitiu a exigência do ICMS diferencial de alíquotas também com algumas duplicidades. Apresentam novo demonstrativo às fls. 734 e 735 reduzindo o valor de R\$ 90.432,05 para R\$ 68.876,58. Examinando as peças processuais, verifico que os valores autuados se referem basicamente à transferência de material de uso e consumo, código CFOP 2.557, destacados dos demonstrativos Anexos XI e XII, fls. 758 a 805.

A exigência do “ICMS diferencial de alíquota” tem fundamento de validade diretamente na Constituição expresso nos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155, em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, incidindo alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto. Nessa hipótese, caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

O ponto central dessa lide é saber se cabível ou não a exigência da “diferença de alíquota” nas entradas de bens de uso e consumo, no caso do recebimento em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa situado em outras unidades da federação.

Tendo em vista que a LC 87/96 não tratou da questão do diferencial de alíquotas nas operações interestaduais que destinem bens para uso, consumo ou ativo fixo, os Estados tratam de tal exigência por meio de suas próprias leis. No Estado da Bahia, baseado na Lei nº 7.014/96, o RICMS BA define assim a incidência.

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

1 - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;

Entendo que o termo "entradas" contido no art. 5º, inciso I, RICMS BA, alcança, inclusive, as entradas em transferência. Assim, caso o estabelecimento destinatário adquira ou receba produto destinado ao uso, consumo ou ativo permanente, caberá a incidência do ICMS a título de diferencial de alíquota, observadas as condições estabelecidas na legislação tributária.

Excetuando-se, por óbvio, as hipóteses em relação às quais não haja previsão de incidência do ICMS ou esteja prevista a isenção, inclusive no que se refere às transferências.

O fato de o ingresso dos bens, atendendo a uma necessidade, dar-se através de transferência é irrelevante. O que me parece imperioso é que, acontecendo a remessa para outro estabelecimento do mesmo titular, nesse caso, o bem cumprirá a finalidade para a qual foi comprado, estando assim configurada a operação de circulação econômica da mercadoria. Em realidade, somente com esta transferência é que a circulação se completou, deixou de estar ativado ou passou a ser um bem fora de comércio. Por conseguinte, se o estabelecimento destinatário está situado num estado, e o estabelecimento recebedor noutro, faz jus este a diferença entre a alíquota interestadual e a interna, como previsto no art. 155, § 2º, VII, da CF. Tal entendimento encontra coerência na isenção existente para as movimentações de bens do ativo imobilizado previsto no art. 22, V, RICMS/BA, sendo esta uma hipótese de não incidência do diferencial de alíquota, conforme clama o autuado ao invocar o Convênio AE 5/72 e o Convênio ICMS 151/94.

Assim, sou pela procedência da exigência do ICMS diferencial de alíquota nas entradas de bens destinados ao uso e consumo provenientes dos outros estabelecimentos do autuado. Contudo, faço ressalva na cobrança que recai em duplicidade sobre a nota fiscal nº 26.588 (fl. 703), uma vez que se trata de equipamentos remetidos em demonstração com retorno posterior, o que efetivamente ocorreu através da nota fiscal 8176 (fl. 702), já tendo sido, inclusive objeto de tributação na infração 12. O valor cobrado de R\$ 9.900,00 é indevido, faz parte dos Anexos XI e XII (fls. 770 e 802), devendo ser excluído.

Portanto, para esta infração vale o demonstrativo de débito consignado pelos auditores às folhas 734 e 735, com alteração no mês de junho/04, em conformidade com relato acima, cujo valor do débito passa de R\$ 12.025,79 subtraído do valor R\$ 9.900,00, implicando um total de R\$ 2.125,79 (R\$ 12.025,79 – R\$ 9.900,00) e o total da infração 13 no valor de R\$ 58.976,58.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor R\$ 736.642,32 conforme demonstrativo abaixo, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido:

INFRAÇÃO	ICMS AUTUADO	ICMS DEVIDO	CONCLUSÃO
1	691.862,22	665.576,33	PROCED. PARTE
2	1.445,00	0,00	IMPROCEDENTE
3	81.915,36	830,40	PROCED.PARTE
4	125,46	125,46	PROCEDENTE
5	3.790,20	39,00	PROCED.PARTE

6	1.182,58	1.182,58	PROCEDENTE
7	1.978,73	0,00	IMPROCEDENTE
8	780,36	0,00	IMPROCEDENTE
9	3.040,94	0,00	IMPROCEDENTE
10	192,44	192,44	PROCEDENTE
11	372,00	372,00	PROCEDENTE
12	9.347,53	9.347,53	PROCEDENTE
13	90.432,05	58.976,58	PROCED.PARTE
TOTAL	886.464,87	736.642,32	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **269095.0001/07-9**, lavrado contra **COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 736.642,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 726.730,35 e 50% sobre R\$ 9.911,97, previstas no art. 42, I, “a”; II, “a” e “f” VII “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, 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, 26 de agosto de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA