

A. I. Nº - 298922.0002/10-0
AUTUADO - COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF
AUTUANTES - LUIS ADRIANO DE ANDRADE CORREIA, PEDRO JOSÉ SOARES DE ARAÚJO e
LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 03.08.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0221-04/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS REGULARMENTE ESCRITURADOS. a) SAÍDAS COM ALÍQUOTAS DE 17%. b) SAÍDAS COM ALÍQUOTAS DE 12%. c) SAÍDAS COM ALÍQUOTAS DE 7%. Não havendo utilização efetiva dos créditos fiscais do imposto destacado nas notas fiscais de devolução de materiais de uso e consumo e bens de ativos, não é cabível a exigência do imposto destacado em documentos fiscais. Documentos juntados ao processo comprovam que foi feito o pagamento do imposto incidente sobre as operações de vendas de bens do ativo (CFOP 5551) antes do início da ação fiscal. São improcedentes as infrações 1, 2 e 3. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos com a exclusão de valores relativos a operações de aquisição de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária; de simples remessa cujo imposto da operação foi pago tempestivamente e de nota fiscal contemplada com redução de base de cálculo. Não acatado os argumentos com relação à aquisição interestadual de sementes de plantas e vacina anti-gripal por não serem contempladas com isenção do imposto. Também não acolhida à pretensão de aplicação da redução da base de cálculo nas operações de aquisição de peças para aeronaves por não atender ao que dispõe o Convênio ICMS 75/91. Corrigidas as datas de ocorrência e de vencimento contidas no demonstrativo do débito. Infração elidida em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Documentos juntados ao processo comprovam que parte das operações se refere a transferências de bens de ativo de empresa concessionária de energia elétrica, contemplada com isenção e consequentemente afastada a exigência dos valores correspondentes. Mantida a exigência relativa às transferências de material de uso e consumo que são tributadas. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 16/12/10 e exige ICMS no valor de R\$254.840,72, acrescido das multas de 50% e 60% em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que se refere à falta de recolhimento de imposto destacado em documentos fiscais de saídas com alíquota de 17% (2006) - R\$8.096,15.
2. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Saídas com alíquota de 12% (2006) - R\$20.363,55.
3. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Saídas com alíquota de 7% (2006) - R\$85.108,30.
4. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo e ativo permanente do estabelecimento, conforme Anexos II, III e IV - R\$61.289,88.
5. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, de operações de transferências interestaduais de material de uso e consumo para estabelecimento da empresa situado em outra unidade da Federação, sem destaque e recolhimento do imposto - R\$79.982,84.

Os autuantes na informação fiscal prestada (fls. 307/309) afirmam que seguindo orientação da Gerência de Cobrança retificou as datas de ocorrências e de vencimentos indicadas corretamente no demonstrativo da infração 4, mas grafadas erradas no Auto de Infração (fls. 312/314).

O sujeito passivo juntou petição à fl. 316 solicitando emissão de DAE para pagamento de parte do débito e em seguida defesa (fls. 322/335), afirma que não procede parte da acusação.

Esclarece que as infrações 1 a 3, se referem a saídas de bens do ativo e de materiais de consumo.

Quanto à infração 1 (item A), afirma que as operações com CFOP 5556, 6556, 6913 e 6949 são pertinentes à saída por devolução de material de consumo, sem incidência do ICMS, nem utilização do crédito fiscal relativo à aquisição do material devolvido, nos termos do art. 652 do RICMS/BA. Informa que compensou o débito da saída por devolução com o crédito de entrada com base no princípio da não cumulatividade. Ressalta que o CONSEF já manifestou este entendimento ao decidir casos semelhantes, nos Autos de Infração nºs 281228.0004/05-8 e 269095.0001/07-9, em que figurou como autuado, sendo indevidos os valores exigidos.

No tocante ao item B, esclarece que se trata de ICMS incidente sobre a saída (devolução) de bens do ativo imobilizado com os CFOPs 5553 e 6553, cuja cobrança de ICMS é indevida. Esclarece que embora lhe seja facultada a utilização do crédito da aquisição dos referidos bens (art. 339 do RICMS/BA), não vem utilizando estes créditos desde setembro/06 e não é lícito pagar ICMS sobre a devolução de bens sem utilização do crédito relativo à aquisição correspondente.

Com relação ao item C, afirma que a cobrança de ICMS refere-se à venda de bens do ativo imobilizado com o CFOP 5551, cujos valores “adimpliu e liquidou o tributo, conforme comprovam os DAEs anexados ao processo”.

Relativamente à infração 4, afirma não ser de todo verdadeira a afirmação de que deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, conforme argumentos que passou a expor.

Na apuração da base de cálculo do ICMS, a fiscalização considerou os valores consignados nas notas fiscais, ignorando a existência de:

- a) substituição tributária prevista nos artigos 356, 370 e 373 do RICMS/BA, notas fiscais 201 e 60551;
- b) redução da base de cálculo prevista no artigo 75, V e 87 do RICMS/BA nas aquisições de mercadorias constantes das notas fiscais 2575, 259, 251, 9482, 6287, 285, 1167 e 615;
- c) operação de simples remessa de materiais adquiridos pela nota fiscal nº 209989, relativa à nota fiscal nº 211782 cuja diferença de alíquota foi recolhida integralmente;

- d) aquisição de semente de planta, amparado por isenção (art. 20 do RICMS/BA) - NF 1358;
- e) aquisição de vacina anti-gripal amparada por isenção (art. 17 do RICMS/BA) - NF 35042.

Diz que junta a defesa cópias das notas fiscais acima citadas e não deve qualquer diferença de alíquota de ICMS cobrada sobre as mesmas.

Ressalta que, além disso, consta nas fls. 2 e 3 do demonstrativo original ocorrências em abril, maio, junho, julho e agosto/06, quando deveria constar junho, julho, setembro, outubro e dezembro/06, conforme os anexos II, III, IV do referido Auto de Infração, cabendo correção quanto à atualização monetária atribuída aos valores que reconhece como devido totalizando R\$52.498,77.

No tocante à infração 5, ressalta que a fiscalização cobra ICMS sobre as transferências de bens de consumo, mas na verdade se trata de movimentações de bens do seu ativo, a exemplo das notas fiscais nºs 2145, 2152 e 10253, ora anexadas de ar-condicionado e extintor de incêndio.

Afirma que a movimentação de material do ativo de um estabelecimento para outro da mesma empresa, encontra guarida no artigo 22 do RICMS/BA e é indevido o imposto exigido.

Argumenta ainda que mesmo admitindo-se que as movimentações tenham sido de materiais de consumo, entende que nesta hipótese, também não há incidência de ICMS visto que as operações se restringem a transferências interestaduais da CHESF para ela mesma.

Transcreve o art. 155, II da Constituição Federal (CF), discorre sobre os conceitos de “operação”, “circulação” e “mercadoria”, parte de texto de doutrinadores, decisões de Tribunais Superiores (ERE - 75026/RS – Tribunal Pleno do STF) que firmaram entendimento de inexistência de negócio, de operação, de circulação, transmissão de direitos de disponibilidade, não há “mercadoria”, porque os bens, enquanto na propriedade de quem os produziu são meros produtos e que a simples saída, não configura “operação” tributável, fato imponível de ICMS.

Ressalta que o entendimento predominante no STJ é de que não há incidência de ICMS nas operações de transferência de mercadorias de um para outro estabelecimento da mesma empresa (REsp. nº 23.184-3 – PR; ED no REsp. nº 36.060-MG - 94/0034826-6 e AgR no AI nº 10.998-MG) cuja Súmula 166 estabelece que “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Diante do exposto e das provas documentais requer a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes na informação fiscal discorrem sobre as infrações e passa a contestá-las (fls. 378/391).

Quanto à infração 1 (item A), dizem que o autuado interpreta de forma equivocada a legislação tributária no tocante a fato gerador, crédito tributário e crédito fiscal, repetindo o argumento apresentado na defesa do Auto de Infração 269116.0001/09-1, relativo a operação de devolução de material de uso e consumo e ativo permanente que é tributada normalmente, não sendo contemplado com isenção, não incidência ou suspensão, pois ocorre uma circulação de mercadoria com troca de titularidade, surgindo a obrigação tributária principal.

Argumentam que o contribuinte tem direito de utilizar o crédito fiscal no prazo de cinco anos nos termos do art. 93, §3º do RICMS/BA, e não lhe cabe obrigar o contribuinte utilizar o crédito fiscal, mas sim constituir o lançamento (art. 150 do CTN). Transcreve o art. 652 do RICMS/BA que disciplina os procedimentos quanto a lançamento do crédito fiscal decorrente de devolução de material de uso e consumo e ativo, do ICMS da diferença de alíquota e do estorno de débito.

Quanto ao item B, afirmam que se tratam dos mesmos argumentos, diferenciando apenas quanto ao fato de que se trata de bens do ativo imobilizado, que a legislação permite a utilização do crédito fiscal pela entrada. Ressaltam que o autuado utilizava os créditos fiscais das aquisições de ativo permanente até agosto/06 (vide MAPA DE RECOLHIMENTO DO ICMS à fl. 303) e embora afirme que não utilizava o crédito fiscal desde set/06, trata-se de um direito seu e nada impede a cobrança do ICMS sobre as operações de devolução como determina a legislação vigente.

Entendem que tendo a empresa destacado o ICMS cabe fazer uso extemporâneo do crédito fiscal e no caso não utilizado, opina que após o julgamento pela procedência da infração, o contribuinte poderá efetuar o registro do crédito fiscal mediante efetuação de seu pagamento.

No tocante ao item C, reconhecem que houve falha pela não identificação dos pagamentos efetuados constantes nos extratos do sistema INC/SEFAZ. Informam que com a exclusão dos valores das notas fiscais correspondentes com CFOP 5551, refizeram a planilha de débito o que implicou em redução no mês de dez/06 de R\$3.889,51 na infração 1 (de R\$4.080,51 para R\$191,00).

Relativamente à infração 4, dizem que procede a informação fiscal na mesma ordem do defendant, com relação a cada item:

ITEM A - reconhecem que não há incidência do ICMS da diferença de alíquota sobre mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária e fizeram a exclusão dos valores de R\$ 336,15 e R\$ 744,40 (R\$1.080,55) relativos às notas fiscais 201 e 60551 nos meses de junho e julho.

Quanto às operações beneficiadas com redução de base de cálculo, informam não terem identificado nos demonstrativos a nota fiscal 259. No tocante às demais notas fiscais citadas na defesa, as mesmas tratam de aquisições de peças para aeronave que tem previsão de redução de base de cálculo no Convênio 75/94 (art. 75 do RICMS/BA transscrito à fl. 384). Porém o §3º do art. 75 do RICMS/BA prevê que para a fruição do benefício fiscal, as empresas indicadas pela aeronáutica ficam condicionadas à publicação de Ato Cotepe, sendo que os de nº 03/04, 18/05, 61/05 e 84/06, não foram informados nas notas fiscais objeto da autuação. Afirma que o fornecedor JAD Peças e Serviços Aeronáuticos Ltda não está relacionado nos citados Atos e não poderia usufruir o benefício da redução da base de cálculo.

Dizem que as notas fiscais 2575, 251, 9482, 6287, 285, 1167 e 615 (fls. 183/194) não identificam a matrícula e prefixo da aeronave, conforme previsto no art. 75, IV, §1º do art. 75 do RICMS/BA, motivo pelo qual não pode ser aplicado o benefício fiscal nas referidas operações.

Reconhecem que a nota fiscal 9482 emitida pela empresa Cruzeiro do Sul Aviação Ltda (fl. 363) identifica o prefixo da aeronave e foi retirada do demonstrativo refeito com valor de R\$708,05 mantendo os valores dos demais itens.

ITEM B – Reconhece que o documento à fl. 370 comprova que houve pagamento e o respectivo lançamento da nota fiscal 209989 relativa à de simples remessa pela 211782, tendo no demonstrativo refeito excluído o valor correspondente [R\$389,14].

ITEM C – Com relação à nota fiscal 1358, afirmam que a isenção de semente de planta prevista no art. 20 do RICMS/BA contempla apenas operações internas, motivo pelo qual não acatam.

Da mesma forma, com relação à nota fiscal 35042, não acatam, por não haver amparo de isenção de vacina anti-gripal no art. 17 do citado diploma legal, o qual transcreveu às fls. 386/388.

ITEM D – Reconhecem terem indicado de forma errada as datas de ocorrência e de vencimento no Auto de Infração em relação aos demonstrativos que o acompanham, o que foi corrigido pela DARC/GCRED **o** que foi contemplado no recolhimento efetuado de R\$52.498,77 pela empresa de acordo com os documentos juntados às fls. 308/309.

Quanto à infração 5, comentam as alegações defensivas e ressaltam que o art. 22, IV do RICMS/BA prevê isenção nas movimentações de bens de ativo das concessionárias de energia elétrica, e dessa forma, as transferências de material de uso ou consumo não estão amparadas com isenção, sendo tributadas estas operações.

Com relação aos bens relacionados nas notas fiscais 2145, 2152 e 10253 relativos a movimentações de ar condicionado e extintor de incêndio, a própria empresa indicou nas notas fiscais o CFOP 6537 – Transferência de material de uso/consumo e ressalta que o que determina se é integrante do ativo é se o mesmo faz “parte do processo produtivo da empresa” conforme jurisprudência firmada pelo STJ.

Por fim, apresentam demonstrativo de débito retificado das infrações 1 e 4, com reduções de R\$8.096,15 para R\$4.206,64 e R\$61.289,88 para R\$59.112,14 respectivamente bem como manutenção dos valores das infrações 2, 3 e 5, conforme quadro comparativo entre valor autuado (R\$254.840,72), retificado (R\$248.773,47), pago e saldo devido. Pedem a procedência parcial da autuação (fl. 391).

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal o autuado manifestou-se (fls. 405/406) dizendo que aquiesceu a cobrança de parte da infração 4 totalizando valor histórico de R\$52.498,77 efetuando pagamento com os devidos acréscimos legais e reitera os fundamentos de direito expendidos na defesa inicial em relação às demais infrações.

A Secretaria do CONSEF acostou às fls. 415/416 comprovante de pagamento de parte do débito constante no SIGAT.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo ao não recolhimento do imposto destacado em notas fiscais (17%, 12% e 7%), da diferença de alíquota e transferências de material de uso e consumo.

Conforme esclarecido pelo autuado, as infrações 1, 2 e 3, se referem a saídas de bens do ativo por vendas (CFOP 5551) cujo imposto foi pago e devolução de materiais de consumo (CFOP 5556, 6556, 6913 e 6949) e de bens do ativo (CFOPs 5553 e 6553).

Na informação fiscal os autuantes acataram os pagamentos relativos a vendas de bens do ativo (CFOP 5551) exigido mês de dezembro/06 na infração 1, e contestaram que as operações de devoluções de bens de ativo e material de consumo por entender que são operações tributáveis.

Portanto, os DAEs juntados com a defesa (fls. 342/352) provam que o recolhimento do ICMS exigido sobre as operações de vendas de bens do ativo ocorreu antes do início da ação fiscal, sendo improcedente o valor exigido de R\$3.889,51 relativo às notas fiscais 9873, 9877, 9878, 9907 a 9909 relacionadas no demonstrativo à fl. 12 referente à infração 1.

Quanto às operações com CFOP 5556, 6556, 6913 e 6949 pertinentes a saída por devolução, apuradas saídas com alíquota de 17% na infração 1, 12% na infração 2 e 7% na infração 3., constato que a acusação é de que ocorreu falta de recolhimento do ICMS destacado em documentos fiscais, como admitido pela fiscalização de devolução de material de uso e consumo.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que a exemplo da nota fiscal 9576 (fl. 44) a empresa destacou o ICMS de R\$153,76 (alíquota de 17%) relativo à devolução de materiais de uso e consumo diversos (ferramentas e peças) consignados nas notas fiscais de compras de nºs 3214 e 3228. Em se tratando de aquisições de material de uso e consumo relativo ao período fiscalizado (janeiro a dezembro/06) havia previsão de utilização de crédito fiscal a partir de 01/01/11 (art. 93, § 11, 1.3 do RICMS/BA e art. 33, I, LC 87/96 com atualização dada pela LC 122/06).

Observo que não havendo previsão de utilização do crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisições de material de uso e consumo, o art. 652 do RICMS/BA prevê que na hipótese de devolução de mercadorias cuja entrada ocorreu sem utilização de crédito fiscal, será permitido creditar-se do imposto lançado na nota fiscal de devolução. Logo, em se tratando de devolução de mercadorias e não de venda (material de uso ou consumo) cujo crédito fiscal não é autorizado na entrada, não há do que se falar de operação tributável, visto que o citado dispositivo legal prevê o lançamento do crédito destacado na nota fiscal de devolução para neutralizar o débito relativo ao lançamento da nota fiscal no livro RSM.

Concluo que embora a empresa não tenha procedido como determina a legislação (lançamento de débito e estorno), tal procedimento não resultou em falta de pagamento do imposto, nem causou prejuízo ao Erário Público, havendo apenas o descumprimento de uma obrigação acessória. Também não é razoável acatar o posicionamento dos autuantes de que deveria efetuar o pagamento do ICMS exigido e em seguida lançar crédito fiscal correspondente. Assim sendo,

não havendo utilização efetiva dos créditos de ICMS na aquisição de materiais de uso e consumo constantes no Anexo I relativo às operações de devolução com os CFOPs 5556, 6556, 6913 e 6949 do presente Auto de Infração, considero incabível a exigência dos valores correspondentes em relação aos CFOPs indicados no início.

Com relação às operações de devoluções de bens do ativo com os CFOPS 5553 e 6553 (notas fiscais 3124, 1881, 1928, 9669, 3277, 2174, 10071, 10072, 10073, 9695, 2061 e 2151), na defesa apresentada o autuado alegou que desde setembro/06 não utiliza créditos fiscais relativos a aquisições de bens do ativo e que “não é lícito que pague ICMS sobre a devolução de bens que adquiriu sem se valer do benefício de utilização do crédito relativo a prefalada aquisição”.

Na informação fiscal os autuantes contestaram dizendo que até agosto/06 o contribuinte utilizava os créditos na aquisição de bens do ativo e que nada impede a exigência do ICMS nas operações de devoluções, que entende serem tributadas.

Observo que a acusação é de que a empresa deixou de recolher o ICMS destacado em documentos fiscais, escriturados nos livros fiscais próprios e no enquadramento foi indicado apenas o artigo 124, I do RICMS/BA que trata de recolhimento do ICMS Normal no prazo.

Como os autuantes invocaram amparo no art. 652 do RICMS/BA no momento que prestaram informação fiscal, transcrevo o mencionado dispositivo abaixo para efeito de análise:

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.

Observa-se que o caput determina que na hipótese de devolução cuja entrada tenha ocorrido sem a utilização de crédito fiscal, será permitido ao contribuinte creditar-se do ICMS lançado na nota fiscal de devolução e o parágrafo segundo do mesmo dispositivo legal estabelece procedimentos a serem utilizados relativos à recuperação do ICMS da diferença de alíquota porventura já pago.

Em se tratando de aquisição de mercadorias destinadas ao ativo permanente, o ICMS destacado na nota fiscal de aquisição é lançado no livro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), nos termos do art. 339, § 2º do RICMS/BA e a sua apropriação ocorre gradativamente em quarenta e oito parcelas (art. 93, §17). Logo, a utilização ou não do crédito fiscal do ativo não tem pertinência com a acusação, visto que se ficasse comprovada a utilização do crédito fiscal relativo à aquisição de mercadorias devolvida, deveria ser outra acusação.

Diante do exposto, a acusação é de que a empresa deixou de recolher o ICMS destacado e escriturado em documentos fiscais. Observo que a devolução de mercadorias configura um desfazimento da operação de aquisição. Quando se trata de operação em que é admitida a utilização do crédito o valor do débito fiscal escriturado anula o crédito. Na situação presente, o autuado destacou o ICMS nas notas fiscais para possibilitar o crédito no estabelecimento destinatário, mas não escriturou o débito, nem o crédito como previsto no art. 652 do RICMS/BA. Concluo que da mesma forma que apreciado anteriormente em relação às devoluções de bens de uso e consumo, o procedimento adotado pelo autuado não causou qualquer prejuízo ao Erário Públco e improcedente a acusação.

Além disso, pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que a nota fiscal 9695 de 26/05/06 juntada à fl. 84, constante do demonstrativo à fl. 11, trata de devolução de água oxigenada, compressas de gaze, esparadrapo, luva cirúrgica e seringas, ou seja, material de uso e consumo erroneamente classificada como ativo imobilizado, cuja devolução ocorreu dentro do próprio mês (entrada pela nota fiscal 11893 de 09/05/06).

Também as notas fiscais de devolução de números 10071, 1072 e 10073 emitidas em 23/11/06 (fls. 69/71) com débitos fiscais mais relevantes (R\$24.675,75, R\$24.675,75 e R\$21.585,48 totalizando R\$70.936,98) ocorreram no próprio mês visto que referem-se às notas fiscais 289488, 289489 e 289490 de 06/11/06. Não há provas no processo de que houve escrituração dos créditos fiscais destacados nas notas fiscais originais.

Convém ressaltar que a 2ª Câmara do CONSEF no Acórdão CJF Nº 0380-12/08, não deu provimento ao Recurso de Ofício da decisão contida no Acórdão da 4ª JJF nº 0256-04/08 (AI 269095.0001/07-9) quanto à devolução de material de consumo e deu provimento ao Recurso Voluntário no Acórdão CJF Nº 0377-11/08 (AI 269095.0002/06-7) referente a decisão contida no Acórdão da 2ª JJF nº 0014-02/08 em relação à devolução de bens de ativo, em operações praticadas pelo autuado.

Por tudo que foi exposto, não havendo utilização efetiva dos créditos fiscais de ICMS nas operações de devolução de materiais de uso e consumo e bens de ativos que foram destacados nos documentos fiscais relacionados no Anexo I e que foi recolhido antes do início da ação fiscal o imposto incidente sobre as operações de vendas de bens do ativo (CFOP 5551), são improcedentes as exigências das infrações 1, 2 e 3.

Relativamente à infração 4, o autuado contestou não haver incidência do ICMS da diferença de alíquota nas operações com substituição tributária, remessa de bens, amparados por isenção e não foi considerado na apuração do imposto a redução da base de cálculo.

Considerando a não incidência do ICMS da diferença de alíquota sobre as aquisições de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária e comprovação do pagamento do imposto relativo à nota fiscal de simples remessa, os autuantes fizeram a exclusão dos valores correspondentes (R\$336,15 e R\$744,40 relativo às notas fiscais 201 e 60551 nos meses de junho e julho e R\$389,14 no mês de janeiro/06 referente à nota fiscal 211782 relativa a simples remessa pela nota fiscal 209989). Portanto, correto o acatamento destes procedimentos.

Com relação às notas fiscais 1358 e 35042, relativas a operações interestaduais de aquisição de semente de planta e vacina anti-gripal, assiste razão aos autuantes visto que os artigos 17 e 20 do RICMS/BA não contemplam isenção de vacina anti-gripal e apenas operações internas com semente de planta, fato não contestado na manifestação do autuado acerca da informação fiscal. Logo, devem ser mantidas as exigências fiscais correspondentes.

Quanto às operações beneficiadas com redução de base de cálculo, conforme ressaltado pelos autuantes o Convênio 75/94, prevê identificação na nota fiscal do prefixo das aeronaves e publicação das empresas em Ato Cotepe para fruição do benefício fiscal (art. 75 do RICMS/BA). Logo, não tendo sido indicado os prefixos das aeronaves ou publicação do Ato Cotepe referente às empresas emitentes das notas fiscais 2575, 6287, 285, 1167, 345 e 615 (fls. 183/194), conforme previsto no art. 75, §1º, IV e §3º do RICMS/BA, não pode ser aplicado o benefício fiscal nas referidas operações.

Correto portanto, o acatamento quanto a nota fiscal 9482 emitida pela empresa Cruzeiro do Sul Aviação Ltda (fl. 363) que identifica o prefixo da aeronave com valor correspondente de R\$708,05.

Pelo exposto, acato o demonstrativo de débito refeito (fls. 390/391) com base nas planilhas às fls. 392/395 e considero devido o valor de R\$59.112,14. Observo que devem ser retificadas as datas de ocorrência e de vencimento do Auto de Infração, o que já foi feito pela DARC/GCRED conforme consta no demonstrativo original à fl. 13 (relativo às ocorrências em abril, maio, junho, julho e agosto/06, quando deveriam constar os meses de junho, julho, setembro, outubro e dezembro/06, conforme os anexos II, III, IV do referido Auto de Infração). Infração elidida em parte.

Quanto à infração 5, o autuado alegou que embora acuse transferência de material de consumo:

- “as movimentações realizadas pela CHESF não foram de materiais de consumo **e sim de bens do seu ativo**”, a exemplo das notas fiscais 2145, 2152 e 10253, de ar-condicionado e extintor de incêndio, que são amparadas com isenção (art. 22 do RICMS/BA);

b) Mesmo admitindo-se que tenham sido de materiais de consumo, entende que não há incidência de ICMS por se tratar de operações de transferências interestaduais para ela mesma.

Os autuantes contestaram dizendo que o art. 22 do RICMS/BA trata de isenção na movimentação de bens do ativo de concessionária de energia elétrica, porém foi indicado nas notas fiscais o CFOP 6557 (Transferência de Material de Uso e Consumo) e não foi provado terem sido utilizados no processo produtivo da empresa. E que as transferências de material de consumo são tributadas.

Verifico que o art. 22, IV do RICMS/BA estabelece que:

Art. 22. São isentas do ICMS as operações com energia elétrica, bem como as movimentações de bens do ativo de concessionárias de energia elétrica:

IV - nas saídas de bens destinados a utilização ou a guarda em outro estabelecimento da mesma empresa, quando efetuadas por estabelecimento de empresa concessionária de serviço público de energia elétrica (Conv. AE 5/72 e Convs. ICMS 33/90, 100/90, 80/91 e 151/94).

Portanto, sendo beneficiária de isenção sobre as movimentações de bens de ativo entre estabelecimentos da mesma empresa, sem distinção de operações internas ou interestaduais, fica afastada a exigência dos valores correspondentes de R\$1.044,00 (R\$8.700,00 X 12%) sobre as transferências de aparelhos de ar condicionado consignado na nota fiscal 2145 (fl. 221, que inclui também pneus que configura material de uso/consumo) no mês de outubro, ficando reduzido o valor exigido naquele mês de R\$16.451,68 para R\$15.407,68.

Da mesma forma no mês de dezembro deve ser afastada a exigência dos valores correspondentes de R\$576,00 (R\$4.800,00 X 12%) e R\$7.365,60 (R\$61.380,00 X 12%) sobre as transferências de extintores consignados nas notas fiscais 10063 e 10253 (fls. 220 e 244), ficando reduzido o valor exigido naquele mês de R\$8.503,95 para R\$562,35.

Quanto ao argumento dos autuantes de que não há comprovação de que se trata de bens de ativo e que foi indicado o CFOP 6557, observo que conforme ressaltado por eles, extintores e aparelhos de ar condicionado são bens que possui vida prolongada, passíveis de depreciação, podem ser instalados, desinstalados e reinstalados mantendo suas características originais, logo, devem ser contemplados com a isenção concedida ao estabelecimento autuado.

Quanto aos demais materiais objeto da exigência fiscal, verifico que conforme Anexo V (fls. 19/22) e cópias das notas fiscais juntadas às fls. 219/302 trata-se de transferências de capa de extintor, pneus, molas, tubos, garfo, silicagel, cabo esférico, conector, bucha, botina, bauxita, anilhas, chapas, papel reciclado, desumificador, fitas, réguas, eletrodutos, cartuchos, etc. (fls. 219/302). Logo, trata-se de transferências interestaduais de bens de uso e consumo, incluindo entre estes os consignados na nota fiscal 2152 (fl. 247) que trata de silicone p/revestimento, que equivocadamente a empresa afirmou na defesa tratar-se de ativo imobilizado.

Em se tratando de operações com material de uso e consumo, nas operações internas há incidência de ICMS por parte do remetente e vedação da utilização do crédito fiscal pelo destinatário (art. 93, § 11, 1.3 do RICMS/BA). Já nas operações de aquisições interestaduais, além da vedação do crédito há previsão de pagamento do ICMS da diferença de alíquota (art. 5º, I do RICMS/BA), de modo que o ônus tributário equivale ao das operações internas.

Ressalto que de acordo com as regras estabelecidas no Convênio ICMS 19/91 (art. 624 do RICMS/BA), é suspensa a incidência do ICMS nas saídas interestaduais de bens integrados ao ativo permanente, desde que retornem ao estabelecimento de origem, num prazo determinado. Porém, não se aplica a suspensão quando os bens ou materiais de uso ou consumo forem remetidos em caráter definitivo, hipótese em que há previsão de tributação inclusive do pagamento da diferença de alíquotas, no estabelecimento destinatário, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

O parágrafo único, do citado dispositivo legal estabelece os procedimentos quanto à constituição da base de cálculo nas transferências interestaduais de material de consumo (Conv. ICMS 19/91) e do pagamento da diferença de alíquotas correspondente.

Pelo exposto, ao contrário do que alegou o impugnante, as operações interestaduais com material de uso e consumo são tributadas, como determina a Lei nº 7.014/96 (art. 2º, IV e art. 4º, I) e correta a exigência fiscal no tocante a estas operações.

Por fim, com os ajustes procedidos a infração 5 fica reduzida de R\$79.982,83 para R\$70.997,23. Infração procedente em parte.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

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 **298922.0002/10-0**, lavrado contra **COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$130.109,38**, acrescido das multas de 50% sobre R\$70.997,24 e 60% sobre R\$59.112,14, previstas no art. 42, I, “a” e II, “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR