

AL. Nº - 269116.0002/10-1
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 - 16. 12. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0310-01/11

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. O autuado após a defesa apresentada e reconhecimento pelos autuantes dos equívocos apontados no levantamento fiscal que, inclusive, revisaram o lançamento, refazendo os cálculos e reduzindo o valor do débito exigido, reconheceu a procedência parcial da exigência fiscal mediante o pagamento do imposto. **Infração parcialmente subsistente. 2. BENS INTEGRANTES DO ATIVO IMOBILIZADO. DEVOLUÇÕES, RETORNO DE DEMONSTRAÇÃO E TRANSFERÊNCIAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Incabível a exigência do imposto nos casos de devolução, haja vista que a devolução de mercadorias não enseja, de forma alguma, o dever de recolher o tributo aos cofres públicos. A legislação do ICMS estabelece que as saídas e retornos interestaduais de mercadorias em demonstração são tributáveis normalmente. Cabível a exigência do imposto, conforme a autuação. As operações de circulação de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa são tributadas normalmente, conforme previsto na legislação do ICMS. Cabível a exigência do imposto. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. **Infrações 02, 03 e 04, parcialmente subsistentes. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 17/11/2010, foi efetuado o lançamento do crédito tributário representando o ICMS no valor de R\$307.538,93, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

01 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a junho de 2010, exigindo o imposto no valor de R\$65.903,32, conforme Anexos I, II e III;

02 - deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, nos meses de janeiro a junho de 2010, sendo exigido o imposto no valor de R\$25.771,20. Consta que se refere a devoluções de bens do ativo com a alíquota de 7%, conforme Anexo IV;

03 - deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, nos meses de janeiro a junho de 2010, sendo exigido o imposto no valor de

R\$201.549,37. Consta que se refere a devoluções de bens do ativo com a alíquota de 12%, conforme Anexo IV;

04 - deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro e abril a junho de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.315,04. Consta que se refere a devoluções de bens do ativo com a alíquota de 17%, conforme Anexo IV.

O autuado apresentou impugnação às fls. 57 a 72, quando se insurgiu a respeito da infração 01, aduzindo que não corresponde à realidade a acusação de que teria deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias para o consumo do seu estabelecimento, conforme passou a discorrer.

Item A - assevera que ao procederem aos cálculos do ICMS, os Auditores Fiscais, erroneamente, consideraram os valores consignados nas notas fiscais, ignorando a existência de substituição tributária, prevista nos artigos 356, 370 e 373 do RICMS/BA, e as situações com base de cálculo reduzida, prevista nos artigos 75 e 87, inciso V do RICMS/BA.

Relaciona as seguintes Notas Fiscais contempladas com substituição tributária: 12.571, 12.737, 12.918, 12.577, 12.745, 13.266, 13.408, 10.241, 8.954, 8.956, 8.957, 14.069, 14.514, 14.495, 9.309, 9.528, 9.496, 9.368, 9.689, 14.586, 14.793, 14.606, 14.946, 9.705, 14.899, 15.080, 14.990, 14.989, 14.947, 14.948, 15.250, 15.378, 15.420, 15.384, 15.574, 9.985, 10.143, 10.152, 10.101, 43.422, 15.827, 15.778, 10.297, 15.961, 15.960, 16.004, 15.924, 8.467, 8.951, 532, 10.888, 16.309, 16.452, 11.130, 16.678, 116.939, 17.209, 11.663, 11.665, 118, 6.760 e 17.423.

E aponta as seguintes Notas Fiscais contempladas com redução da base de cálculo: 160, 161, 162, 163, 182, 183, 184, 186, 187, 689, 10.235, 196, 824, 323 e 113.

Acrescenta que os autuantes ainda se equivocaram com relação à exigência relativa às Notas Fiscais de nºs 38.412, 21.781, 9.616 e 34.121, pois, as transações corresponderam a aquisições de publicações periódicas (revistas técnicas e jornais), sobre as quais não incide o ICMS, a teor do inciso I do artigo 6º do RICMS/BA.

Realça que, por tais razões, não deve qualquer valor a título de diferença de alíquota sobre as mencionadas aquisições, conforme cópias das notas fiscais que anexa à impugnação.

Item B - frisa que estão sendo cobradas quantias relativas a aquisições de material para uso, consumo ou ativo permanente, referentes a materiais devolvidos aos respectivos fornecedores. Salaria que nesses casos tem o direito de compensar a diferença de alíquota de ICMS incidente sobre as devoluções de mercadoria, como dispõe o inciso II do art. 652 do RICMS/BA. Alega que deve haver a devida compensação da diferença de alíquota do ICMS sobre as devoluções efetuadas e nos mesmos moldes utilizados no pagamento da diferença de alíquota pela aquisição do material.

Observa que essa compensação não foi realizada pelos autuantes com relação às Notas Fiscais de devolução de nºs 1.112, 1.113, 1.253, 1.251, 1.301, 1.298, 1.289, 1.396, 1.397, 1.485, 1.486, 1.487, 1.445, 1.601, 1.570, 1.669, 1.197, 1.648, 1.183, 1.193, 1.152, 1.151, 1.150, 1.366, 1.465, 1426, 1.426, 1.428, 14.01, 1.576, 1.579, 1.314 e 1.322.

Item C - aduz que a exigência concernente às Notas Fiscais de nº 1.480, 1.481 e 1.482 é indevida, uma vez que foram emitidas pelo próprio impugnante, visando regularizar o material objeto das Notas Fiscais de nº 1.426, 1.427 e 1.428, cujas saídas não foram consumadas. Afirma que esse procedimento encontra amparo no inciso X do art. 201 do RICMS/BA.

Item D - realça que a cobrança da diferença de alíquota sobre as Notas Fiscais de nº 254, 255 e 2.009, é indevida, tendo em vista que se referem à simples remessa de materiais anteriormente adquiridos através das Notas Fiscais de nº 253 e 1.927, tendo sido recolhido integralmente o ICMS incidente sobre as transações.

Item E - argumenta que a exigência relativa à Nota Fiscal nº 2.621 é indevida, pois se refere à prestação de serviço de comunicação via satélite, tributado à alíquota de 12%, a teor do inciso II do

art. 50 do RICMSIBA, não cabendo nenhum crédito a favor do Fisco, haja vista que o fornecedor destacara aquele percentual na nota fiscal.

Impugna as infrações 02, 03 e 04 de forma conjunta, com base nos tópicos que passou a abordar.

Item A - alega que a cobrança de ICMS incidente sobre a saída (devolução) de materiais de consumo, nos CFOP 5556, 5949, 6556 e 6949, é totalmente indevida. Afiança que inexiste dúvida acerca da incidência do ICMS sobre operação de devolução de material de consumo, assim como quanto à legalidade de o contribuinte se beneficiar do crédito do imposto relativo à aquisição do material devolvido, conforme o disposto no art. 652 do RICMS/BA.

Observa que valendo-se do permissivo contido nesse dispositivo legal, compensou o débito pela saída de mercadorias (devolução), com o crédito relativo às entradas, com base no princípio da não cumulatividade tributária. Aduz que o entendimento do CONSEF é nessa linha, conforme decisões em casos semelhantes, nos Autos de Infração de n.ºs 281228.0004/05-8 e 269095.0001/07-9, em que figurou como autuado. Conclui que o ICMS relativo a este tópico é totalmente indevido.

Item B - salienta que a cobrança de ICMS incidente sobre a saída (devolução) de bens do ativo imobilizado, nos CFOP 5553 e 6553, é totalmente indevida, pois se trata de cobrança de ICMS sobre a devolução de bens adquiridos para o seu ativo imobilizado.

Realça que embora seja facultada a utilização do crédito da aquisição dos referidos bens, de acordo com o art. 339 do RICMSIBA, não vem utilizando ditos créditos desde setembro de 2006. E se assim vem procedendo, não acha lícito pagar ICMS sobre a devolução dos bens que adquiriu sem se utilizar do respectivo crédito, o que torna o imposto cobrado a este título totalmente indevido.

Item C - afirma que o lançamento relativo às Notas Fiscais de n.ºs 1.419 e 1.530 é totalmente indevido, porque se referem ao envio para os fornecedores de baterias usadas para descarte, não incidindo nessa operação o imposto exigido, conforme previsão contida no art. 32 do RICMSIBA.

Item D - diz que a cobrança de ICMS relativa à Nota Fiscal n.º 1.566 é totalmente indevida, tendo em vista que se refere à remessa de óleo mineral a ser utilizado em processo industrial de regeneração, não incidindo imposto sobre a operação, conforme dispõe o art. 615 do RICMSIBA.

Item E - assevera que a exigência de ICMS sobre as Notas Fiscais de n.ºs 1.308 e 1.547 é indevida, uma vez que se referem à remessa de equipamentos e extintores de incêndio para manutenção e recarga, operação que não sofre incidência desse imposto, como dispõe o art. 627 do RICMSIBA.

Item F - destaca que inexiste ICMS a ser exigido sobre a Nota Fiscal n.º 1.622, por se referir à remessa, pelo impugnante, de brindes para distribuição pela Prefeitura de Jaguarari-BA, emitida com base no permissivo constante do art. 566 do RICMSIBA.

Item G - frisa que os autuantes lançaram ICMS sobre as transferências de bens ditos de consumo, entretanto, de forma diversa, as movimentações realizadas pelo contribuinte se referiram a bens do ativo imobilizado.

Para exemplificar, diz que no corpo das Notas Fiscais de n.ºs 1.409, 1.418, 1.447, 1.504, 1.350 e 1.351 (fls. 199 a 204), se vê que a movimentação se referiu a termovisor, oscilógrafo, medidor de baixa resistência, etc., equipamentos esses que correspondem a materiais de ativo do impugnante. Frisa que além dessas notas fiscais, traz à colação todas as demais, que comprovam que os materiais movimentados pela CHESF foram de seu ativo.

Aduz que a movimentação de material do ativo de um estabelecimento para outro da mesma empresa encontra guarida no art. 22 do RICMS/BA, sendo totalmente indevido o imposto. Alega que mesmo admitindo, por amor ao debate, que as movimentações tenham sido de materiais de consumo, também não haveria incidência de ICMS, haja vista que os limites de sua incidência estão descritos no transcrito art. 155, II da Constituição Federal, que se restringe às operações relativas à circulação de mercadorias.

Salienta que operação, para fins de incidência do ICMS, é sinônimo de negócio jurídico de natureza mercantil, em decorrência do qual ocorre a circulação de mercadorias, constituindo-se em negócio jurídico celebrado entre distintos sujeitos de direito, com a finalidade de realizar a transferência do domínio de certa mercadoria, como preleciona Geraldo Ataliba, com apoio em Pontes de Miranda. Conclui ser pressuposto essencial à incidência do ICMS a existência de negócio jurídico bilateral e consensual, entre duas pessoas distintas, tendo como corolário a circulação de mercadorias.

Consigna que há no regramento jurídico constitucional menção expressa à existência de dois complementos restritivos: "circulação" e "mercadoria". Circulação, em termos jurídicos, é a transferência do domínio de determinado objeto, que se opera em razão da celebração de negócio jurídico com tal finalidade.

Diz que, compatibilizando os dois conceitos, somente se opera a relação jurídica de imposição, quando se materializa negócio jurídico bilateral, consumando a transferência do domínio da mercadoria. Frisa que no presente caso ocorreu apenas transferência de mercadoria de propriedade da CHESF para própria CHESF, não caracterizando a operação relativa à circulação de mercadorias, seja pela inexistência do negócio jurídico, entre dois sujeitos distintos, seja como corolário da primeira assertiva, pela inexistência de transferência da titularidade dominial das mercadorias.

Ressalta que não ocorreu, assim, subsunção do fato descrito à hipótese contemplada no art. 155, II da Constituição, não estando obrigado a proceder ao recolhimento de quantias relativas ao ICMS em benefício da Fazenda Estadual, amparando-se, mais uma vez, nas palavras de Geraldo Ataliba. Acrescenta ser este o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, de acordo com decisões relativas aos processos de nºs 23.184-3-PR e 10.998-MG, e no Supremo Tribunal Federal, conforme processo nº 75026/RS.

Afirma que, deste modo, inexistente relação de imposição e, conseqüentemente, também não existe o crédito de ICMS lançado.

Com base no exposto e da prova documental inclusa, conclui ter demonstrado que não deve as diferenças de alíquota do ICMS, e nem o ICMS exigido, razão pela qual o Auto de Infração deve ser julgado totalmente improcedente.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 208 a 222, quando esclareceram que o autuado é uma empresa concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica, realizando as atividades de geração, transmissão e comercialização de energia elétrica, sendo que sua área de atuação abrange todos os Estados da Região Nordeste, existindo unidades geradoras em alguns deles e unidades consumidoras em todos, sejam as próprias concessionárias distribuidoras, ou consumidores industriais.

Ao se reportarem sobre a infração 01, tratam sobre as alegações defensivas constantes em cada item da defesa.

Item A - dizem que assiste razão ao autuado quanto ao fato de as mercadorias se encontrarem incluídas na substituição tributária, conforme artigos 356, 370 e 373 do RICMS/BA, razão pela qual não é devido o imposto, fato não observado pelos autuantes.

Aduzem que com relação às notas fiscais relacionadas à fl. 209 da informação fiscal, por se tratar de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não é devido a cobrança do ICMS Difal, portanto, foram retiradas, total ou parcialmente, nos novos levantamentos fiscais anexos à presente informação fiscal.

Observam que, realmente, as operações de comercialização de peças de aeronaves possuem uma previsão de redução de base de cálculo, no Convênio 75/91, e suas alterações e prorrogações, e incorporada ao RICMS/BA, através do transcrito art. 75, incisos IX e X, além dos §§ 1º, 2º e 3º.

Destacam que as compras de peças para aeronaves objeto desta questão se concentram em apenas dois fornecedores, as empresas Claro Comércio e Representações Aeronáuticas Ltda. e Dez Manutenção Aeronáutica Ltda.

Observam que, realmente, as operações de comercialização de peças de aeronaves possuem uma previsão de redução de base de cálculo, no Convênio 75/91, e suas alterações e prorrogações, e incorporada ao RICMS/BA, através do transcrito art. 75, incisos IX e X, além dos §§ 1º, 2º e 3º.

Destacam que as compras de peças para aeronaves objeto desta questão se concentram em apenas dois fornecedores, as empresas Claro Comércio e Representações Aeronáuticas Ltda. e Dez Manutenção Aeronáutica Ltda.

Frisam que a exigência contida no § 3º do art. 75, que é a publicação de Ato COTEPE para fruição do benefício, não foi informada no documento fiscal que amparou a operação, nem foi apresentada na peça defensiva. Salientam que, entretanto, diligentemente, analisaram todos os Atos COTEPE publicados referentes ao assunto, mais precisamente os Atos 03/2004, 18/2005, 61/2005, 84/2006, 12/2007, 01/2008, 24/2008, 36/2008, 17/2009, 27/2009, 28/2009, 07/2010 e 47/2010.

Assim, confirmaram que o fornecedor Claro Comércio e Representações Aeronáuticas Ltda. foi incluído no Ato COTEPE 84/2006, sendo mantido nos demais, inclusive aqueles em vigor no período objeto da ação fiscal, os Atos 01/2008, de 16/01/2008, 17/2009, de 15/04/2009, 07/2010, de 07/04/2010 e 47/2010, de 17.12.2010, podendo usufruir do benefício fiscal de redução da base de cálculo, desde que atendidas as demais exigências. Já o fornecedor Dez Manutenção Aeronáutica Ltda., só foi incluído no Ato COTEPE 47/2010, com efeitos a partir de 20.12.2010, posterior, portanto, ao período objeto da fiscalização, e, com isso, não pode usufruir do benefício fiscal de redução da base de cálculo.

Ressalta que, embora o cumprimento dessa exigência seja necessário para fruição do benefício, não é suficiente para tanto, tendo em vista a previsão contida no inciso IV do § 1º do art. 75, que estabelece que no caso de operações com as mercadorias em questão, efetuadas para proprietários e arrendatários de aeronaves, é necessária a identificação destes, por meio da respectiva matrícula e prefixo no documento fiscal. Dizem que após examinaram as notas fiscais, constataram a ausência da anotação daqueles dados da aeronave no documento fiscal. Ademais, o autuado não anexou à sua defesa cópia das notas fiscais mencionadas, para comprovação dessa exigência.

Concluem, com relação às Notas Fiscais 160, 161, 162, 163, 182, 183, 184, 186, 187, 196 e 323, que tendo sido descumprida esta exigência explicitada pela norma tributária, o benefício de redução da base de cálculo, previsto no Convênio 75/91 e no art. 75 do RICMS/BA, não pode ser aplicado para tais operações, ficando mantidas aquelas notas fiscais no levantamento anexado à Informação Fiscal.

Com relação às Notas Fiscais 689 e 824, emitidas pela empresa M Service, à Nota Fiscal 113, emitida pela empresa TWT Equipamentos Industriais Ltda., e à Nota Fiscal 10235, emitida pela empresa Prestobat Ltda., realçam que não existe previsão de redução de base de cálculo para operações interestaduais com aparelhos e equipamentos de processamento de dados, seus periféricos, além de suprimentos de uso em informática e impressão. Frisam que a previsão contida no art. 87 do RICMS/BA, que transcrevem, concede redução (da base de cálculo apenas para operações internas, de sorte que mantêm a cobrança na forma original do Auto de Infração. Art. 69, parágrafo único, inciso II: *"só é devido o pagamento da diferença de alíquotas quando a alíquota interna deste Estado for superior à alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais."*

No que se refere à alegação de equívoco com relação à cobrança atinente às Notas Fiscais 38412, 21781, 9616 e 34121, por tratarem de aquisição de publicações periódicas (revistas técnicas e jornais), sobre o qual não incidiria ICMS, a teor do art. 6º, inciso I do RICMS/BA, concordam com o autuado, tendo efetuado a retificação do levantamento, excluindo-as da exigência do ICMS.

Item B - acatam parcialmente a solicitação de exclusão de notas fiscais de devolução, lançando nas novas planilhas as notas fiscais de aquisição, com o respectivo ICMS no Anexo II (fls. 224 a 243) e as

notas fiscais de devolução com o correspondente ICMS no Anexo III (fls. 244 e 245), efetuando o cálculo do imposto a ser estornado, enquanto no Anexo I (fls. 223) procederam ao abatimento deste estorno, para encontrarem o valor correto que o autuada deveria ter recolhido à época dos fatos.

Salientam que em alguns casos constaram que tinham incorrido em equívoco, tendo procedido à retificação do levantamento fiscal, conforme Anexo III. Esclarecem que os valores do ICMS a estornar lançados nesse anexo é o mesmo valor da diferença de alíquota calculada na nota fiscal de entrada. Relacionam as seguintes Notas Fiscais de devolução retificadas, com as respectivas notas fiscais de entrada: 1112, 1113, 1253, 1301, 1445, 1601, 1669, 1197, 1465, 1426, 1428, 1576 e 1579. Observam que não foram localizados no Anexo III as Notas Fiscais 1183, 1193, 1289 e 1366, citadas pela defesa.

Item C - quanto ao pleito pela exclusão das Notas Fiscais de 1426, 1427 e 1428, com base no inciso X do artigo 201 do RICMS/BA, aduzem que essa norma trata de emissão de nota fiscal para estorno de créditos ou de débitos fiscais e, embora o procedimento não esteja de acordo com a legislação tributária, acataram a solicitação, uma vez que não houve prejuízo para o Estado, pois o crédito relativo ao desfazimento da operação é igual ao débito relativo às operações anteriores (devolução de compra de material de uso e consumo).

Dizem que trata-se de uma operação atípica, onde o procedimento correto seria o cancelamento das Notas Fiscais 1426, 1427 e 1428, emitidas para proceder à devolução de aquisição de material de uso e consumo. Entretanto, por já ter procedido à circulação física das mercadorias, com retomo, impossível o cancelamento. Com base no entendimento acatado, excluíram as Notas Fiscais 1480, 1481 e 1482 do Anexo II e as Notas Fiscais 1426, 1427 e 1428 do Anexo III.

Já no Anexo IV (fls. 246 a 253), mantiveram a cobrança do ICMS destacado nas Notas Fiscais 1426, 1427 e 1428, pois deveriam ter sido lançadas a débito na sua escrita fiscal. Os créditos que anulariam estes débitos são os que estão destacados nas Notas Fiscais 1480, 1481 e 1482, os quais não foram utilizados pela autuada por livre deliberação. Ressaltam que o crédito fiscal é um direito com prazo decadencial de utilização.

Item D - quanto à alegação que as Notas Fiscais 254, 255 e 2009 se referiram a material faltante no envio anterior, e que a diferença de alíquota fora paga quando da aquisição pelas Notas Fiscais 253 e 1927, aduzem que analisando a escrituração fiscal solicitada, detectaram apenas o registro da Nota Fiscal 1927, cujo ICMS referente à diferença de alíquota foi pago pela CHESF quando da entrada, razão pela qual retificam a cobrança sobre esta operação, que corresponde à Nota Fiscal 2009.

Desta forma como não existe prova do registro da Nota Fiscal 253, bem como do pagamento do ICMS correspondente como alegado, mantêm a exigência relativa às Notas Fiscais 254 e 255.

Após as retificações, conforme explicitado, a exigência referente à diferença de alíquota, conforme demonstrado nos Anexos I, II e III, passa para os seguintes valores:

OCORRÊNCIA	ICMS CALCULADO ANTERIORMENTE	ICMS CORRETO CALCULADO
31/01/2010	336.702,36	307.339,12
28/02/2010	229.039,46	227.809,40
31/03/2010	362.047,31	360.446,38
30/04/2010	398.887,47	396.950,17
31/05/2010	322.957,19	322.155,34
30/06/2010	76.003,35	74.506,75
TOTAL	1.725.637,14	1.689.207,16

Desta forma os valores devidos de ICMS relativo à diferença de alíquota ficam assim definidos:

OCORRÊNCIA	DIFERENÇA DE ICMS CALCULADO ANTERIORMENTE	DIFERENÇA DE ICMS CORRETO DEVIDO
------------	---	----------------------------------

31/01/2010	22.406,26	0,00
28/02/2010	31.239,67	30.009,61
31/03/2010	6.292,16	4.691,23
30/04/2010	3.088,17	1.150,87
31/05/2010	572,08	0,00
30/06/2010	2.304,98	808,38
TOTAL	65.903,32	29.473,34

Observam que tendo em vista que nos meses de janeiro e maio foram encontrados valores positivos favoráveis ao contribuinte, foi lançado o valor zerado no novo demonstrativo de débito que substitui o anterior no Auto de Infração.

Em relação às infrações 02 a 04, que, na realidade, correspondem a apenas uma, tendo havido a separação apenas em função da alíquota, tratam a respeito dos itens abordados pelo autuado.

Item A - refere-se à compensação do débito pela saída de mercadorias (devolução), com o crédito de entrada, com base no princípio da não cumulatividade tributária. Dizem que o autuado interpreta de forma equivocada a legislação tributária quanto a fato gerador, crédito tributário e crédito fiscal.

Lembram que a operação de devolução de material de uso e consumo (CFOP 5556, 5949, 6556 e 6949) é tributada normalmente, não se encontrando em nenhuma das hipóteses de isenção, não incidência ou suspensão do tributo. Assim, a devolução de mercadoria relativa a ativo imobilizado ou a material de uso e consumo é fato gerador do ICMS, pois ocorre uma circulação de mercadoria com troca de titularidade da mesma. Desta forma, no momento em que o fato se realiza, surge para o sujeito passivo a obrigação tributária principal, que é o crédito tributário.

Já o crédito fiscal é uma ficção jurídica e contábil, que visa operacionalizar a não-cumulatividade do ICMS, para que o imposto incida nas diversas fases de comercialização até o consumidor final, resultando na distribuição de recursos financeiros pelos estados pelas quais a mercadoria circule. Frisam que enquanto o pagamento do crédito tributário é um dever do contribuinte (obrigação principal), o crédito fiscal é um direito que ele tem, para evitar uma oneração excessiva do tributo.

Deste modo, o crédito fiscal surge quando o contribuinte adquire mercadorias que tenham sido tributados em fases anteriores, e, cujo custo financeiro esteja incorporado ao preço do bem. O uso do crédito fiscal para abater o montante devido pelo contribuinte segue procedimentos legais e regulamentares, para que haja validade e controle, sendo necessário, para tanto, que o contribuinte proceda à sua escrituração nos livros fiscais próprios, sob pena de decadência do direito pelo decurso do prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador.

Frisam que tanto o crédito fiscal é um direito, que possui prazo para ser utilizado e a não utilização no prazo acarreta a decadência do direito, conforme prevê o art. 93, § 3º do RICMS/BA. Sendo assim, ao sujeito passivo cabe a manifestação pela utilização do crédito fiscal, o que se materializa pela escrituração fiscal dos valores a que tem direito. Já ao fiscal não é estabelecido a função de obrigar o sujeito passivo a utilizar-se dos créditos fiscais, devendo, quando estiverem devidamente escriturados, considerá-los no cálculo do imposto devido. Quanto ao crédito tributário, caso o contribuinte não proceda ao lançamento, o preposto fiscal deve fazê-lo de ofício.

Ressaltam que neste caso ocorreu o fato gerador do ICMS, referindo-se à circulação de mercadoria devido à sua devolução, surgindo a obrigação principal, que é o dever de pagar o imposto. Ao não escriturar o débito pela saída dos bens, o autuado deixou de efetuar o lançamento a que estava obrigado, de modo que a legislação determina a realização do lançamento de ofício. Passam, então, a explicar o procedimento adotado pelo sujeito passivo e sua intenção manifestada na defesa.

Salientam que apesar de não haver previsão de concessão de crédito fiscal na aquisição de materiais de uso e consumo, o art. 652 do RICMS/BA define que ao devolver os materiais, o contribuinte tem o direito de se creditar do ICMS lançado na nota fiscal de devolução. Já no caso do ICMS decorrente da

diferença de alíquotas que houver sido pago ou debitado na aquisição, o contribuinte tem o direito de proceder ao lançamento, a título de crédito fiscal, do estorno do débito do imposto escriturado.

Destacam que embora o autuado em vários casos tenha efetuado o destaque do ICMS na nota fiscal de devolução, não escriturou este débito, tampouco o crédito. Com base nisso, alegou que não havia o que se cobrar, pois o débito seria compensado pelo crédito fiscal a que tinha direito. Salientam que, entretanto, como não houve o registro escritural do crédito fiscal este não pode ser utilizado, por contrariar as normas que regem a matéria, bem como impedir um efetivo controle que impeça o contribuinte vir a registrar em momento posterior este crédito, antes de decorrido o prazo de cinco anos, e, com isso, utilizá-lo para compensar valores de ICMS referentes a outras operações.

Acrescentam que não há que se ater apenas à questão prática e à repercussão financeira, pois se realmente, o contribuinte houvesse cumprido à risca a legislação tributária, não havendo ICMS a ser recolhido, pois o crédito fiscal que ele utilizasse compensaria o valor do ICMS devido nas operações de devolução. Entretanto, as normas tributárias devem ser seguidas à risca, e, além disso, nada impede que o registro posterior desses créditos, pois decorrem de operações recentes.

Diante dessa explanação amparada no texto literal das normas tributárias, concluem que é por demais clara a procedência da exigência imposta ao autuado. Transcrevem o disposto no art. 652 §§ 1º, incisos I e II, e 2º do RICMS/BA.

Item B - contestam o argumento do autuado de que não é lícito pagar ICMS sobre a devolução dos bens que adquiriu sem se utilizar do respectivo crédito fiscal, que se trata da mesma situação, com a diferença de se tratar da devolução de bens do ativo imobilizado (CFOP 5553 e 6553), de sorte que o contribuinte já deveria ter utilizado o crédito fiscal desde a entrada, diferentemente dos materiais de uso e consumo, para os quais só é permitido uso dos créditos fiscais no caso de devolução.

Observam que embora a CHESF argumente que não estava utilizando o crédito fiscal na aquisição dos bens para o ativo imobilizado, deixando de exercer um direito seu, nada impede a cobrança do ICMS devido nas operações de devolução destes bens, as quais são tributadas.

Frisam que a única concessão é a prevista no § 2º do art. 652 do RICMS/BA que prevê o uso do crédito lançado nas notas fiscais de devolução, pela escrituração, pela escrituração extemporânea destes créditos nos livros próprios. Assim, nas notas fiscais em que o autuado destacou o ICMS, a utilização do crédito é imediato, bastando o seu registro nos livros fiscais. Já no caso das notas fiscais em que não destacou o ICMS, após o julgamento do CONSEF pela procedência, o contribuinte poderá efetuar o registro do crédito fiscal, desde que efetue o pagamento do imposto devido.

Item C – concordam com a alegação de que a cobrança relativa às Notas Fiscais 1419 e 1530 é indevida, porque se referem ao envio de baterias usadas para descarte, estando a isenção prevista no art. 32, inciso XXXVI do RICMS/BA. Desta forma, excluem essas notas fiscais da exigência.

Item D – dizem que assiste razão ao autuado, quanto à alegação de que não é devido o ICMS relativo à Nota Fiscal 1566, por se referir à remessa de óleo mineral a ser utilizado em processo industrial de regeneração, pois a remessa para industrialização, tanto interna quanto interestadual, está amparada pela suspensão do imposto. Por esta razão, excluem a referida nota fiscal da autuação.

Item E – acatam a argumentação defensiva atinente às Notas Fiscais 1308 e 1547, pois as operações de remessa interna ou interestadual para conserto, restauração, recondicionamento, manutenção, revisão, lubrificação ou limpeza, estão amparada pela suspensão do imposto. Assim, excluem aquelas notas fiscais do lançamento.

Item F – discordam da insurgência do autuado quanto à Nota Fiscal 1622, ressaltando que a remessa de brindes é tributada normalmente, conforme determina o art. 566 do RICMS/BA, ao prever o destaque do imposto na nota fiscal de remessa para outro estabelecimento, que promoverá a distribuição. Mantêm a referida nota fiscal no levantamento fiscal.

Item G – quanto à alegação de que as transferências de bens tidos como de consumo, na verdade se referiam a notas fiscais com CFOP 6557, isentas do ICMS, por tratar-se de bens ativo imobilizado, assinalam que a descrição do bem não basta para classificá-lo como sendo de ativo ou de uso e consumo, uma vez que os bens utilizados em substituição a outros idênticos, decorrente de manutenção corretiva ou preventiva, recebem tratamento, inclusive pelo autuado, de material de uso e consumo.

Acrescentam que a classificação fiscal para essas transferências é feita pelo próprio autuado que destacou o CFOP 6557 (transferências interestaduais de material de uso e consumo) em todas as notas fiscais objeto deste item.

Quanto à argumentação que nessas operações não haveria uma circulação jurídica (transferência de titularidade), e, com base na Súmula 166 do STJ, o simples deslocamento físico da mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo titular não constituiria fato gerador do ICMS, aduzem que esta Súmula, bem como decisões do STJ apresentadas pelo autuado, decorre de movimentação de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa dentro do mesmo estado, de modo que a não incidência gera perda tributária para o estado onde estão situados os dois estabelecimentos.

Observam que como o ICMS é um imposto estadual, cada contribuinte que possuir unidade em mais de um estado deve constituir, para cada estabelecimento autônomo, uma inscrição estadual própria, para cada um proceder à apuração e recolhimento do ICMS próprio, independentemente de pertencerem ao mesmo titular. E, assim, as transferências de mercadorias ou de materiais de uso e consumo entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, mas situados em unidades federativas diversas, não se submeterem à citada Súmula, devendo ser tributadas normalmente.

Salientam que não se aplica também a disposição da legislação tributária estadual contida no transcrito art. 22, inciso IV do RICMS, que prevê a isenção para as movimentações de bens do ativo imobilizado de concessionárias de energia elétrica, pois este artigo está em consonância com o Convênio AE 5/72 e suas alterações posteriores. Realçam que, dessa forma, a transferência interestadual de mercadorias de uso e consumo não está amparada pela isenção prevista no art. 22, inciso IV, e, conseqüentemente, sendo a operação interestadual é tributada normalmente, sendo devido o ICMS nas saídas em transferência de materiais de uso e consumo.

Anexam novo demonstrativo de débito para as infrações 02, 03 e 04, e apontam em seguida um resumo dos valores mensais devidos.

Infração 02			
Ocorrência	Vencimento	Débito Anterior	Débito Retificado
31/01/2010	09/02/2010	14.199,14	14.199,14
28/02/2010	09/03/2010	980,00	980,00
31/03/2010	09/04/2010	10.231,87	10.231,87
30/04/2010	09/05/2010	105,82	105,82
31/05/2010	09/06/2010	207,86	207,82
30/06/2010	09/07/2010	46,51	46,51
TOTAL		25.771,20	25.771,16

Infração 03			
Ocorrência	Vencimento	Débito Anterior	Débito Retificado
31/01/2010	09/02/2010	23.511,66	23.511,66
28/02/2010	09/03/2010	10.607,36	10.607,36
31/03/2010	09/04/2010	32.084,73	31.795,47
30/04/2010	09/05/2010	89.423,38	89.421,99
31/05/2010	09/06/2010	42.241,79	32.641,07
30/06/2010	09/07/2010	3.680,45	3.680,45
TOTAL		201.549,37	191.658,00

Infração 04			
-------------	--	--	--

Ocorrência	Vencimento	Débito Anterior	Débito Retificado
31/01/2010	09/02/2010	5.912,99	5.912,99
28/02/2010	09/03/2010	190,40	190,40
30/04/2010	09/05/2010	3.214,33	3.214,33
31/05/2010	09/06/2010	4.691,32	1.444,32
30/06/2010	09/07/2010	306,00	306,00
TOTAL		14.315,04	11.068,04

Após a análise dos argumentos da autuada, e verificação dos documentos apresentados, retificam seus lançamentos nas infrações, 01 03 e 04 e mantêm quanto à infração 02, conforme consta na informação fiscal, e, no intuito de facilitar o entendimento, apresentam um quadro resumo dos débitos por infração.

Infração	Débito Autuado	Valor Retificado
01	65.903,32	29.473,34
02	25.771,20	25.771,20
03	201.549,37	191.658,00
04	14.315,04	11.068,04
Total	307.538,93	257.970,58

Ratificam todos os demais termos contidos na autuação e sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente, com as retificações acatadas, resultando em um débito historio de ICMS no valor de R\$ 257.970,58, com os acréscimos e multas legais.

Cientificado a respeito da informação fiscal, o autuado se manifestou às fls. 258 e 259, discorda veementemente das razões expendidas pelos autuantes, relativas à manutenção da cobrança do ICMS concernente aos valores remanescentes das infrações 01, 02, 03 e 04, pelas razões de fato e fundamentos de direito sustentados na impugnação, os quais reitera.

O processo foi convertido em diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal, à fl. 287, para que os autuantes ou Auditor Fiscal a ser designado se pronunciasse a respeito da documentação juntada pelo autuado, elaborando novos demonstrativos fiscais, sendo solicitado também que independentemente do resultado da análise dos documentos citados acima, no novo demonstrativo de débito da Infração 01 fossem consignados os valores apurados em relação a cada período de competência sem efetuar a compensação dos valores pagos, como se verifica à fl. 223.

Os autuantes após realizarem a diligência, prestam informação fiscal à fl. 290, dizendo que acatam em parte a alegação do autuado e retiram apenas a nota fiscal nº 254, do demonstrativo de débito, para evitar a cobrança de ICMS de diferença de alíquota pago na Nota Fiscal nº 253. Aduzem que a Nota Fiscal nº 255, não guarda relação direta com a Nota Fiscal nº 253, porque o seu equipamento já estava incluído na Nota Fiscal nº 254, não demonstrando tratar-se de remessa da Nota Fiscal nº 253.

Salientam que com referência às notas fiscais nº 1289 e 1366 que o autuado alega estarem no anexo III, as mesmas não estavam no referido anexo IV, que se refere à cobrança do ICMS destacado na Nota fiscal de devolução.

Esclarecem que inserem as notas Fiscais nº 1289 e 1366 no anexo III, que corresponde às notas fiscais de devolução, que ensejam o estorno do ICMS diferença de alíquota lançado na planilha constante do anexo I. Dizem que segundo a alegação do autuado, acatadas agora, as mencionadas notas fiscais se referem a devolução em garantia nas Notas Fiscais nº 83, de 25/02/10 e 56719, de 11/02/10.

Frisam que com as retificações o valor do ICMS diferença de alíquotas anexos I, II e III ficam definidos conforme planilha que apresenta, totalizando o ICMS da Infração 01 após a diligência no total de R\$ 34.308,89.

Concluem solicitando o julgamento do Auto de Infração, sendo a Infração 01 no valor de R\$34.308,89, e as Infrações 02, 03 e 04, nos valores de R\$25.771,20, R\$191.658,00 e R\$11.068,04 respectivamente, totalizando R\$262.806,13 conforme planilha que apresenta.

À fl. 317, consta intimação para o autuado tomar ciência do pedido de diligência, da informação fiscal de conclusão da diligência à fl. 290 a 316 e do CD com arquivo magnético à fl. 316, cópias anexas, bem como tomar conhecimento da concessão do prazo de 30 dias para manifestação, se quisesse.

O autuado apresenta manifestação às fls. 320 e 321, dizendo que reitera os termos da impugnação, sustentando nada dever ao fisco, pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Os autuantes prestam informação fiscal à fl. 325, reiterando a exigência fiscal.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário em decorrência do cometimento de 4 (quatro) irregularidades que passo a analisá-las.

Em relação à Infração 01 o sujeito passivo rechaçou a imputação, trouxe aos autos diversas notas fiscais relativas a aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária (medicamentos), de publicações periódicas (revistas técnicas e jornais), sujeitas à redução da base de cálculo, e a outros pontos no intuito de provar que os lançamentos atinentes a tais itens foram efetuados equivocadamente.

Os autuantes à vista dos fatos narrados e dos documentos fiscais apresentados excluíram dos demonstrativos originais que embasaram a autuação as notas fiscais atinentes a aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária (medicamentos), publicações periódicas (revistas técnicas e jornais), nota fiscal de remessa com o imposto já pago quando da emissão de outro documento fiscal, assim como notas fiscais de devoluções, tendo em vista que os mencionados eventos haviam sido incluídos nos citados demonstrativos, equivocadamente. Em relação a esta infração, em atendimento à solicitação feita por esta JJF, em sede de diligência os autuantes excluíram do demonstrativo original, também, valores pagos que haviam sido compensados indevidamente no referido demonstrativo que fundamentou a autuação. Portanto diante dos esclarecimentos prestados e das provas trazidas nos autos, coaduno com o procedimento fiscal, que após as exclusões mencionadas elaborou novo demonstrativo, à fl. 293, e reduziu o valor da Infração 01 de R\$65.903,32, para R\$34.308,89. Saliento que é devido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a uso e consumo do estabelecimento. Infração parcialmente subsistente.

Quanto às infrações 02, 03 e 04, verifico que tratam do cometimento da mesma irregularidade, ou seja, falta de recolhimento do ICMS, nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, sendo que na Infração 02 foram apuradas saídas com alíquota de 7%, na Infração 03 saídas com 12% e na Infração 04 saídas com 17%.

Para uma melhor compreensão da análise e decisão abordarei os tópicos destas infrações da mesma forma utilizadas pelo autuado e autuante, ou seja, por item.

Verifico que a matéria de que cuidam os itens **A** e **B**, consoante relatado, não se apresenta como novidade no âmbito deste CONSEF, haja vista que de forma semelhante já fora objeto de julgamento através das Câmaras de Julgamento Fiscal – 1ª e 2ª -, conforme os Acórdãos CJF 0377-11/08 e CJF 0380-12/08, inclusive, no qual figurou no pólo passivo dos Autos de Infração nº 269095.0002/06-7 e 269095.0001/07-9, a CHESF.

Ambas as decisões deram pela insubsistência da autuação quanto à matéria tratada nos itens **A** e **B**, valendo aqui reproduzir parcialmente parte do voto proferido no Acórdão CJF Nº 0377-11/08, a título ilustrativo: “

“VOTO

No que tange ao Recurso Voluntário, a irresignação do contribuinte cinge-se aos itens 4, 5 e 6, da presente autuação, as quais tratam de uma única materialidade: **“Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de**

bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento”, sendo que divisão feita pelos prepostos fiscais em 3 infrações serve apenas para separar os bens supostamente desincorporados por alíquotas (17%, 12% e 7%, respectivamente).

O contribuinte alega, em sua impugnação, que não utilizou o crédito decorrente da entrada das mercadorias no estabelecimento, enquanto que os autuantes afirmam que tal fato é irrelevante, uma vez que a desincorporação de bens do ativo é fato gerador do ICMS, consoante prevê o art. 2º, V, do RICMS.

Em primeiro lugar, se a utilização ou não do crédito fiscal decorrente do ingresso da mercadoria era fator irrelevante para a caracterização da infração, não deveria e não poderia ter constado da autuação como fundamento para exigência do imposto. Ao consignar, de forma expressa em todas as três infrações, que a cobrança se referia ao **“ICMS incidente nas devoluções de bens do Ativo Imobilizado com utilização do crédito fiscal na entrada”**, os autuantes conferiram relevância jurídica à questão do crédito e vincularam a materialidade da cobrança à sua respectiva utilização.

Assim, não era lícito aos autuantes, na informação fiscal, afirmar que tal fato era irrelevante para a caracterização da infração, até mesmo porque a peça de impugnação baseou-se integralmente na assertiva de que o crédito fiscal da entrada jamais foi utilizado.

Com tais considerações, comungo na íntegra com o bem posto parecer exarado pela douta representante da PGE/PROFIS, no sentido de que houve indevida ampliação dos lindes da autuação, ocasionando cerceamento ao direito de defesa o sujeito passivo e importando, desta forma, em nulidade dos referidos itens 4, 5 e 6, a teor do quanto disposto no art. 18, II, do RPAF.

A par disso, da análise dos documentos acostados pelo sujeito passivo, especialmente das notas fiscais de devolução de fls. 678/702, verifica-se que pelo menos boa parte das mercadorias objeto desses itens não são bens do ativo imobilizado; consistem, em sua maioria, bens de uso e consumo do estabelecimento (luvas, fita isolante, óleo, formulários, pastas, canetas, seringas, absorventes, máscaras, sondas, drenos etc.), não havendo falar, dessa maneira, em desincorporação.

O que ocorreu, em verdade, foi a devolução de tais mercadorias na maior parte das vezes por estarem em desacordo com o pedido feito pela recorrente, tendo esta última emitido o documento fiscal competente, atentado para as formalidades constantes do art. 651, do RICMS, quais sejam: destaque do imposto, menção ao motivo da devolução, o número, a série e a data do documento originário e o valor da parte devolvida.

O débito do ICMS foi devidamente destacado nas notas fiscais de saída a título de devolução, o que demonstra a não utilização de eventual crédito registrado em decorrência da entrada e, portanto, evidencia a inexistência de prejuízo para o Fisco.

Aliás, no particular, vale ressaltar o entendimento esposado pela nobre procuradora do Estado, no sentido de que dicção do art. 652, do RICMS, permite concluir que o desígnio do legislador foi o de tornar imune à tributação as operações de devolução de mercadoria. E não poderia ser diferente: a devolução da mercadoria corresponde ao desfazimento da operação de circulação, sendo defeso ao Estado pretender apropriar-se do ICMS decorrente da anterior entrada, sob pena de configurar enriquecimento ilícito.

Não tem qualquer lógica remeter o contribuinte para o procedimento de apropriação de crédito extemporâneo, pois, frise-se, a mera devolução de mercadorias não pode ser tida como fato gerador do ICMS e, desta forma, não enseja, por si só, a cobrança do referido tributo; poderia ensejar, no máximo, a glosa dos créditos lançados na entrada, acaso a saída tivesse ocorrido sem o destaque do imposto, o que, todavia, não é a hipótese dos autos.

Por outro lado, ainda que se tratasse de bens do ativo fixo, tenho que não se pode considerar como ocorrida a efetiva incorporação ao patrimônio do sujeito passivo. Isso porque as devoluções ocorreram, em sua maioria, menos de um mês após o ingresso dos respectivos bens no estabelecimento, tempo esse que, considerando o porte da empresa autuada e volume de compras que deve efetuar mensalmente, é necessário para que se verifique se os produtos recebidos de fato correspondem aos pedidos formulados. Uma vez verificando que não havia correspondência, a empresa promoveu a devolução das mercadorias, ficando claro que jamais foram incorporadas ou mesmo utilizadas.

Logo, tenho por impertinentes ao caso em comento as regras de desincorporação do ativo imobilizado, até mesmo porque a sua aplicação irrestrita geraria situações esdrúxulas tal como ocorre no presente auto: a empresa que adquire, de determinado fornecedor, bem para integrar o seu ativo deve ser obrigada a utilizar o crédito parceladamente (48 prestações mensais), mesmo que a mercadoria esteja desconforme com o seu pedido, arcando, por outro lado, na íntegra com o débito do imposto destacado na nota de devolução.

A assertiva dos autuantes de que a operação de devolução de mercadoria constitui fato gerador do ICMS, com a devida licença, não encontra o menor amparo jurídico; em verdade, representa uma flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade, pois a devolução nada mais é do que o desfazimento da operação anterior, é justamente a antítese do fato imponente e não enseja, de forma alguma, o dever de recolher o tributo aos cofres públicos.

Por todos esses motivos, tenho que as regras de devolução de mercadorias devem ser aplicadas, sim, às infrações 4, 5 e 6, não podendo subsistir a cobrança engendrada pelos autuantes, a menos que demonstrem, de forma irrefutável, que

houve utilização do crédito na entrada, sem a realização do respectivo débito na saída. No caso em comento, como os documentos trazidos ao feito corroboram a tese defensiva e, além disso, os autuantes não contestaram a afirmação de que o crédito da entrada jamais foi lançado no livro próprio, tenho por verídica a tese recursal, a teor do art. 140, do RPAF, não podendo, destarte, subsistir a exigência fiscal.”

A decisão acima alinhada, se aplica exatamente ao caso em exame, portanto, ratifico tal entendimento para excluir da autuação os valores exigidos concernentes às saídas (devoluções) de materiais de consumo – CFOP 5556, 5949, 6556 e 6449 – **A**, e de bens do ativo imobilizado - CFOP 5553 e 6553 – **B**, por serem indevidos.

No que se refere aos itens **C** - Notas Fiscais nº 1419 e 1530, concernentes ao envio para os fornecedores de baterias usadas para descarte; **D** – Nota Fiscal nº 1566, referente à remessa de óleo mineral a ser utilizado em processo industrial de regeneração e **E** – Notas Fiscais nº 1308 e 1547 atinente a remessa de extintores de incêndio para manutenção e recarga, os autuantes reconheceram que o lançamento consolidado nos citados itens é indevido, por isto excluíram da planilha original os valores correspondentes.

Saliento que está correto o procedimento dos autuantes, posto que são isentas as saídas de pilhas e baterias usadas, após o esgotamento energético, que contenham em sua composição chumbo, cádmio, mercúrio e seus compostos e que tenham como objetivo sua reutilização, reciclagem, tratamento ou disposição final ambiental adequada, conforme art. 32, inciso XXXVI do RICMS/97; não incide o imposto, a remessa de óleo mineral a ser utilizado em processo industrial de regeneração consoante art.615 da citada norma; assim como é suspensa a remessa de equipamento e extintores de incêndio para manutenção e recarga, em conformidade com o art. 627 do referido Regulamento.

Quanto ao item **F**, Nota Fiscal nº 1622 coaduno com o entendimento dos autuantes que mantiveram a exigência, posto que se trata de operação de remessa de brindes para distribuição por intermédio de outrem, no presente caso, da Prefeitura de Jaguarari, para distribuição direta a consumidor ou usuário final e o contribuinte deixou de atender ao disposto no art. 566, inciso I, alínea “b”, do RICMS/97, ou seja, emitiu a nota fiscal de remessa sem o lançamento do imposto.

No que se refere ao item **G**, verifica-se que consoante consignado pelo sujeito passivo nas notas fiscais trazidas aos autos e afirmação na peça de defesa, trata-se de transferência de materiais de uso e consumo e de bens do ativo imobilizado ao seu estabelecimento matriz, cuja operação é tributada, sem que tenha sido feito o lançamento do imposto.

Na realidade, inexistente na legislação do ICMS qualquer norma que desonere do imposto as operações de circulação de mercadorias realizadas a título de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa. Em verdade, nessas situações, prevalece o princípio da autonomia dos estabelecimentos.

Vale ressaltar que matéria semelhante também foi objeto de decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF através do Acórdão CJF nº 0380-12/08.

Ademais, o contribuinte não trouxe aos autos prova de que tais mercadorias são bens integrados ao ativo imobilizado e que a operação se refere à movimentação desses bens para a sua matriz situada no Estado de Pernambuco.

Assim, está correta a manutenção pelos autuantes da exigência com relação a este item **G** da infração.

Diante do exposto, considerando as retificações realizadas pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal e acataram parcialmente as alegações defensivas, bem como, considerando as exclusões no julgamento, dos valores referentes às devoluções abordadas nos itens **A** e **B**, conforme

explanado acima, o valor total destas infrações passa para **R\$162.659,82**, conforme o demonstrativo de débito das infrações 02, 03 e 04, abaixo:

INFRAÇÃO 02			
Data Ocorrência	Valor originalmente apontado no Auto de Infração (R\$)	Valor excluído	Valor do ICMS julgado devido(R\$)
31/01/2010	14.199,14	13.995,13	204,01
28/02/2010	980,00	980,00	0,00
31/03/2010	10.231,87	6.061,86	4.170,01
30/04/2010	105,82	0,00	105,82
31/05/2010	207,86	0,00	207,86
30/06/2010	46,51	46,51	0,00
Total	25.771,20	21.083,50	4.687,70

INFRAÇÃO 03			
Data Ocorrência	Valor originalmente apontado no Auto de Infração (R\$)	Valor excluído	Valor do ICMS julgado devido(R\$)
31/01/2010	23.511,66	3.424,80	20.086,86
28/02/2010	10.607,36	957,60	9.649,76
31/03/2010	32.084,73	529,26	31.555,47
30/04/2010	89.423,38	25.708,79	63.714,59
31/05/2010	42.241,79	13.195,60	29.046,19
30/06/2010	3.680,45	67,20	3.613,25
Total	201.549,37	43.883,25	157.666,12

INFRAÇÃO 04			
Data Ocorrência	Valor originalmente apontado no Auto de Infração (R\$)	Valor excluído	Valor do ICMS julgado devido(R\$)
31/01/2010	5.912,99	5.912,99	0,00
28/02/2010	199,40	199,40	0,00
30/04/2010	3.214,33	3.214,33	0,00
31/05/2010	4.601,32	4.601,32	0,00
30/06/2010	306,00	0,00	306,00
Total	14.234,04	13.928,04	306,00

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª. Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269116.0002/10-1**, lavrado contra **COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO – CHESF**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$196.968,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

