

PROCESSO - A. I. N° 269116.0001/10-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF
RECORRIDOS - COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF n° 0071-01/11
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 04/07/2012

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0164-11/12

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 2, 3 e 4, parcialmente subsistentes. Excluídos valores indevidamente mantidos na infração 4. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário e de Oficio em face do acórdão epigrafado que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 13/05/2010 para exigir ICMS no valor de R\$295.655,64, ante a redução parcial nas infrações 1, 2, 3 e 4 abaixo transcritas

INFRAÇÃO 1. 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 julho a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 78.318,43, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 2. Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, nos meses de julho, agosto, outubro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 35.686,19, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 3. Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, nos meses de julho a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 157.060,61, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 4. Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, nos meses de julho a novembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 24.590,41, acrescido da multa de 60%.

A JJF dirimiu o contencioso administrativo sob os fundamentos seguintes:

“Da análise das peças que compõem o presente processo, verifico que relativamente à infração 01, o impugnante apresenta argumentos e elementos hábeis de provas que elidem parcialmente a autuação.

Na realidade, o impugnante comprovou que a exigência fiscal é indevida em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, além de outros pontos identificados no item A da defesa. Também descobri a exigência referente às prestações de serviços de transporte de seus empregados, sendo inaplicável a exigência do ICMS referente à diferença de alíquotas, conforme identificado no item B. Com relação à alegação contida no item D, conforme dito pelos autuantes, apesar de o procedimento adotado pelo contribuinte não estar em conformidade com a legislação tributária, acataram a retirada das notas fiscais dos levantamentos, uma vez que não houve prejuízo financeiro ao Estado, pois o crédito da nota fiscal de desfazimento da operação é igual ao débito da nota fiscal da operação anterior, ou seja, devolução de compra de material de uso e consumo. Quanto ao argumento contido no item E, os próprios autuantes reconhecem que a natureza da operação realmente é uma remessa para locação, e, portanto, fora do campo da incidência do ICMS, conforme previsto no art. 6º, inciso XIV, alínea a, do RICMS/BA, motivo pelo qual a nota fiscal foi excluída nos novos levantamentos que realizaram.

No que tange ao item D, a alegação defensiva restou comprovada apenas parcialmente, no caso, com relação à Nota Fiscal nº 19410, haja vista que conforme consignado pelos autuantes o “ICMS Difal” não foi pago quando de sua entrada, mas foi objeto de exigência através do Auto de Infração 269116.0001/09-1. Quanto às demais notas fiscais não houve comprovação do alegado.

Noto que na informação fiscal os autuantes além de acatarem parcialmente as alegações defensivas, identificaram também erro de cálculo na planilha original do “ANEXO III - Demonstrativo do ICMS Estorno Difal Devoluções Sefaz”, na coluna “Estorno do Difal”, sendo que efetuaram as retificações devidas, o que resultou na redução do valor do ICMS devido para R\$ 44.632,43, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
31/07/2009	37.803,60
30/09/2009	457,51
30/11/2009	5.601,61
31/12/2009	769,71
TOTAL	44.632,43

Relevante registrar que o autuado reconheceu o valor do débito remanescente de R\$ 44.632,43, apontado pelos autuantes na informação fiscal, inclusive, efetuando o pagamento, conforme comprovante acostados aos autos.

Diante do exposto, a infração 01 é parcialmente subsistente.

No que concerne 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.

*Assim é que, no que concerne às alegações defensivas referentes aos **itens A e B** – de que a exigência de ICMS incidente sobre a saída (devolução) de materiais de consumo – CFOP 5556, 6556 e 6949 – , e de que a exigência de ICMS incidente sobre a saída (devolução) de bens do ativo imobilizado - CFOP 5553 e 6553 – respectivamente, são totalmente indevidas, verifico que os autuantes contestam tais argumentações sustentando que a operação de devolução de material de uso e consumo (CFOP 5556 e 6556) é tributada normalmente, não estando em nenhuma das hipóteses de isenção, não incidência ou mesmo suspensão do tributo.*

Salientam que no caso em discussão, o autuado muito embora em diversos casos tenha efetuado o destaque do ICMS na nota fiscal de devolução, não escriturou este débito, bem como não escriturou o crédito, alegando com isso que não há o que se exigir, haja vista que o débito seria totalmente compensado pelo crédito fiscal a que tinha direito.

Contestam o argumento defensivo, dizendo que não houve o registro escritural desse crédito fiscal, o que impede a sua utilização, pois resulta em total desacordo com as normas tributárias que regem a matéria, bem

como impedem um efetivo controle que impeça do contribuinte vir a registrar em momento posterior este crédito fiscal, antes de decorrido o prazo de 5 anos, e, com isso, utilizá-lo para compensar valores de ICMS referentes a outras operações.

Asseveram que não há que se ater apenas à questão prática e à repercussão financeira.

Admitem que, caso o contribuinte houvesse cumprido a legislação tributária, não haveria ICMS a ser recolhido nestas operações, pois o crédito fiscal que ele utilizasse compensaria por completo o valor do ICMS devido nas operações de devolução, contudo, as normas tributárias devem ser seguidas literalmente e, além disso, nada impede que o autuado possa ainda escriturar estes créditos fiscais, pois decorrem de operações realizadas anteriormente há poucos meses.

Quanto à devolução de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado da empresa (CFOP 5553 e 6553), afirmam que o contribuinte já deveria ter utilizado o crédito fiscal desde a entrada destes no estabelecimento, diferentemente dos materiais destinados ao uso e consumo, para os quais a legislação só permite a utilização dos créditos fiscais no caso de devolução dos referidos materiais.

Consignam que muito embora o impugnante argumente que não estava utilizando o crédito fiscal na aquisição dos bens para o ativo imobilizado da empresa, deixando de exercer um direito seu, nada impede a exigência do ICMS devido nas operações de devolução destes bens, operações tributadas perante a legislação vigente.

Observam que a única concessão que se pode fazer ao autuado é permitir, conforme explicitado no próprio RICMS/BA, a utilização do crédito fiscal lançado nas notas fiscais de devolução, pela escrituração extemporânea destes créditos nos livros fiscais próprios.

Nota que a matéria de que cuidam os itens A e B, 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 – 1^a e 2^a-, conforme os Acórdãos CJF 0377-11/08 e CJF 0380-12/08, inclusive, no qual figurou no pôlo passivo dos Autos de Infração n.s 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 pelo 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 numero, 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 autuado 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 à 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.”

Assim sendo, ratifico o entendimento acima esposado, para excluir da autuação os valores exigidos referentes às saídas (devoluções) de materiais de consumo – CFOP 5556 e 6556 – e de bens do ativo imobilizado - CFOP 5553 e 6553 –, por serem indevidos.

No respeitante ao item C, observo que o impugnante alega que a exigência do ICMS se refere ao retorno de materiais recebidos pela empresa para mera demonstração através da Nota Fiscal n. 820, não tendo utilizado o crédito porventura destacado na Nota Fiscal de recebimento de materiais de nº 9327, sendo indevida a exigência fiscal.

Vejo também que os autuantes mantêm a autuação, sustentando que a legislação é omissa no tocante às remessas e retornos interestaduais de bens em demonstração, sendo que a suspensão da incidência, tipificada no art. 341 do RICMS, aplica-se apenas para as saídas internas de mercadorias remetidas para demonstração. Registram que os artigos 599 a 604 do RICMS/BA detalham a forma de se proceder com a suspensão da incidência nestas remessas, e do encerramento da fase de suspensão pelo decurso do prazo permitido, bem como da mudança de titularidade da mercadoria. Afiram que como a legislação tributária, no caso, o art. 108, §2º do CTN, não permite a aplicação da equidade no sentido de resultar em dispensa de tributo devido, a interpretação deve ser aplicada da forma mais literal possível. Assim sendo, uma vez que inexistente, na legislação tributária estadual, hipótese de não incidência, isenção, ou suspensão da incidência do ICMS sobre as operações interestaduais de remessa em demonstração, devem ser tratadas como operações tributadas normalmente, valendo dizer que as notas fiscais que amparam as operações deste tipo devem ou deveriam ter o imposto destacado.

Realçam que na Nota Fiscal n. 820, o autuado deixou de fazer o destaque do ICMS devido na operação, contudo, a falta de destaque não impede a exigência do imposto devido na operação, uma vez que esta é tributada normalmente.

Contestam a alegação defensiva de que na Nota Fiscal n. 9327, referente ao recebimento em demonstração do equipamento, não houve destaque do ICMS, afirmando que não procede, haja vista que para esta operação interestadual não existe previsão de não incidência, suspensão ou isenção do ICMS, sendo tanto a remessa interestadual em demonstração quanto seu retorno operações tributadas normalmente.

Com relação a este **item C**, apesar de divergir do entendimento manifestado pelos autuantes de que a legislação do ICMS é omissa no tocante às remessas e retornos interestaduais de bens em demonstração, pois se trata de operação tributada normalmente, razão pela qual não recebeu qualquer tratamento específico do legislador, constato que a exigência fiscal referente a este item se apresenta correta.

Isto porque, conforme já consignado acima, as saídas e retornos interestaduais de mercadorias a título de demonstração são tributadas normalmente. Em verdade, apenas as saídas internas e respectivos retornos de mercadorias remetidas para demonstração são amparadas pela suspensão da incidência do imposto.

No caso em exame, o contribuinte não destacou o imposto devido na nota fiscal de saída (retorno), argumentando que na nota fiscal de recebimento em demonstração do equipamento, não houve destaque do ICMS. Ou seja, ao seu talante considerou uma operação de saída interestadual tributada normalmente como não tributada, incorrendo na irregularidade apontada na autuação, o que caracteriza como correta a exigência fiscal.

Vale observar que matéria semelhante foi objeto de Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, conforme o Acórdão CJF 0380-12/08, cujo trecho do voto transcrevo parcialmente abaixo:

“VOTO

No que se refere ao item 12, correto o entendimento externado pela Procuradoria Estadual, já que a suspensão do ICMS pleiteada pelo contribuinte só se aplica, nas remessas em demonstração de mercadorias, nas operações internas. A operação objeto da autuação envolve retorno de bens recebidos em demonstração em operação interestadual, não se aplicando a esta situação a norma do RICMS contida no art. 599, que alcança tão-somente, com o instituto da suspensão do imposto, as remessas internas. Para as operações interestaduais haveria a necessidade de Convênio ou Protocolo, aprovado pelo CONFAZ, ou mesmo previsão na lei complementar do imposto, para assegurar o benefício argüido pelo recorrente, norma que inexiste no ordenamento. Portanto, correta da Junta de Julgamento Fiscal, devendo a empresa proceder ao recolhimento do ICMS no valor de **R\$6.930,00**, devendo ser homologadas as demais parcelas já recolhidas em relação aos itens 10, 11 e 12 do Auto de Infração.”

No tocante ao **item D**, constato que os autuantes acataram corretamente a alegação defensiva, haja vista que tanto nas remessas quanto nas devoluções de bens destinados à locação, não incide o ICMS.

Relativamente ao **item E**, verifico que também acertadamente os autuantes acataram os argumentos defensivos, tendo em vista que o impugnante comprovou o recolhimento do ICMS incidente sobre as operações de venda de bens do ativo imobilizado e material de uso e consumo (CFOP 5551), conforme cópia de DAE's anexados à peça de defesa. Acataram ainda corretamente a alegação defensiva referente às saídas de venda de sucatas (CFOP 5949), haja vista que amparadas pelo regime de diferimento do imposto.

No respeitante ao **item F**, divirjo do entendimento manifestado pelo impugnante no sentido de que não haveria nas operações de transferência uma circulação jurídica, isto é, transferência de titularidade, mas simples deslocamento físico de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular, por não constituir fato gerador do ICMS.

Na realidade, inexiste 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.

Cumpre observar que matéria semelhante também foi objeto de Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, conforme o Acórdão CJF 0380-12/08, cujo trecho do voto transcrevo parcialmente abaixo:

“VOTO

Quanto ao item 13 do lançamento, também não merece qualquer reparo a Decisão de 1ª Instância, isto porque a exigência do imposto por diferencial das alíquotas do ICMS, se aplica a toda e qualquer entrada de bens ou mercadorias no estabelecimento recebedor com o intuito de definitividade. Essas entradas poderão se dar a título de compras, transferências ou qualquer outra operação, desde que o objetivo seja a incorporação ou uso no estabelecimento destinatário. Assim prescreve o art. 2º, inc. IV, da Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, in verbis:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

(...)

IV- a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso,

consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes;

Conforme ressaltou a Procuradoria, no Parecer acostado aos autos, o diferencial de alíquota foi instituído, tanto na Constituição da República, como nas Leis dos Estados e do Distrito Federal para que fosse estabelecida a divisão do imposto entre as unidades federadas, em atendimento ao princípio federativo. As alegações recursais quanto a decisões do STJ favoráveis à não-incidência do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, não podem ser acolhidas na instância administrativa, primeiro porque essas decisões e a Súmula citada, não têm efeitos vinculantes. Segundo, em razão de somente através de Decisão proferida em sede controle concentrado de constitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal, deverá a Administração Pública deixar de aplicar lei, cuja validade perante a Carta Magna seja contestada junto à Corte Suprema.

Assim, considerando o acima exposto, mantenho a Decisão da Junta em relação ao item 13 da autuação. Em decorrência, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e ao Recurso de Ofício, com a homologação dos valores recolhidos pelo contribuinte. ”

Assim, ratifico em todos os seus termos o voto acima reproduzido, sendo correta a manutenção pelos autuantes da exigência com relação a este **item F**.

Diante do exposto, considerando as retificações realizadas pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal e acataram parcialmente as alegações defensivas, bem como identificaram erros de cálculos nas planilhas e também realizaram as devidas retificações, conforme o “Anexo IV – Demonstrativo de ICMS devido nas saídas não Recolhido – RETIFICADO” e, ainda, considerando as exclusões dos valores referentes às devoluções abordadas nos itens A e B, conforme explanado acima, o valor total destas infrações passa para R\$ 155.244,32, conforme o demonstrativo de débito das infrações 02, 03 e 04, abaixo:

Infração 02

Data de Ocorrência	Valor originalmente apontado no Auto de Infração (R\$)	Valor retificado na Informação fiscal (R\$)	Valor do ICMS julgado devido (R\$)
31/07/2009	701,53	701,53	- 0 -
31/08/2009	5.834,78	2.226,54	1.699,42
31/10/2009	438,27		-0-
30/11/2009	27.525,28	586,02	- 0 -
31/12/2009	1.185,83	1.185,83	- 0 -
TOTAL	-	-	1.699,42

Infração 03

Data de Ocorrência	Valor originalmente apontado no Auto de Infração (R\$)	Valor retificado na Informação fiscal (R\$)	Valor do ICMS julgado devido (R\$)
31/07/2009	24.421,19	24.350,81	24.350,81
31/08/2009	51.431,38	51.288,28	51.288,28
30/09/2009	14.004,45	14.004,45	10.946,46
31/10/2009	24.329,42	24.173,42	24.173,42
30/11/2009	29.811,14	29.811,14	29.811,14
31/12/2009	13.063,03	13.063,03	12.223,03
		TOTAL	152.793,14

Infração 04

Data de Ocorrência	Valor originalmente apontado no Auto de Infração (R\$)	Valor retificado na Informação fiscal (R\$)	Valor do ICMS julgado devido (R\$)
31/07/2009	4.426,15	2.057,70	335,60
31/08/2009	14.706,39	-0-	-0-
30/09/2009	410,96	13,82	-0-
31/10/2009	956,76	416,16	416,16
30/11/2009	4.090,15	-0-	-0-
		TOTAL	751,76

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido. ‘

Ao final do julgado, por força do que impõe o art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, foi interposto, pela JJF, Recurso de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Inconformado, o sujeito passivo aduz razões recursais às fls. 558/568, ressaltando, de início, que os autuantes acolheram a tese defensiva quanto a não-incidência de ICMS sobre o diferencial de

alíquota no serviço de transporte - fl. 488, transcrevendo parte da informação fiscal onde consta a retificação do levantamento com a exclusão do ICMS Difal nas operações de transporte de passageiros – funcionários -, enumerando as notas fiscais, e que houve a exclusão também das que estavam representando cobrança de tributo em duplicidade.

E que, a despeito disso, o fisco não exclui a cobrança relativa à Nota Fiscal nº 18838, no valor de R\$ 104,58.

Acrescenta que a Decisão alvejada reconheceu como indevida a cobrança de ICMS sobre devoluções de materiais de consumo e imobilizado, transcrevendo a parte respectiva, mas, que, apesar disso, no tocante à infração 4, que não foi excluído o importe de R\$ 751,76 (CFOP 5556).

Afirma, em seguida, equívoco no julgado por ter considerado subsistente a cobrança do imposto na operação de devolução de material recebido para demonstração, e assim defende sob o argumento de que não houve destaque do ICMS na NF de remessa nº 9327, motivo pelo qual não houve também na NF de devolução nº 820, por si emitida, não tendo sido utilizado o crédito do ICMS.

A par disso, pontuou em acréscimo que, a JJF ao reconhecer como indevido o ICMS nas operações de devolução de materiais de consumo e de bens do ativo imobilizado, que deveria igualmente considerar indevido esse imposto nas operações de devolução de materiais para simples demonstração. E que na Decisão foi entendido equivocadamente como devido o ICMS na transferência de bens de consumo. Isto porque, destaca, tais movimentações por si realizadas não foram relativas a materiais de consumo, mas sim de bens do seu ativo fixo, exemplificando algumas NFs, cujos bens referem-se à equipamento de medição, compressor de ar, transformador de corrente, etc., afirmando ter juntado aos autos todas as demais NFs respectivas, pretensão recursal esta que disse encontrar amparo no art. 22 do RICMS.

Salienta que ainda argumentando, que as movimentações por si feitas mesmo que envolvessem materiais de consumo, ainda assim, não haveria incidência do ICMS à luz do que dispõe o art. 155, da CF, que reproduziu, destacando que esse dispositivo traz conceitos como operação, circulação e mercadoria, e de haver um negócio jurídico, passando a citar posição de Geraldo Ataliba nesse sentido, para enfatizar que é pressuposto essencial para incidência do ICMS, a existência de negócio jurídico bilateral, citando posição do saudoso mestre.

Diz que não é qualquer negócio jurídico que faz surgir a obrigação de pagamento do ICMS, mas sim quando há circulação e mercadoria, sendo aquela a transferência de domínio de determinado objeto que decorre da celebração de um negócio jurídico, e que no caso em exame houve apenas transferência de si para si, não tendo, portanto, havido a transferência de titularidade, o que significa dizer que não ocorreu a subsunção do fato descrito como hipótese de incidência abstrata do referido art. 155, II, da CF. Transcreve lição do mestre Ataliba e decisões do STF e STJ nesse sentido, neste última Corte, a Súmula nº 166, de que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Conclui pugnando pela reforma do julgado de Primeira Instância para escoimar a cobrança do ICMS assim já reconhecido pelo fisco e, também, para declarar pela insubsistência da cobrança na transferência de bens do seu ativo.

Instada a PGE/PROFIS, proferiu Parecer às fls. 577/586, tendo, inicialmente, procedido ao relatório com a suma dos atos processuais e dos argumentos recursais.

Pontuou que assiste razão ao recorrente quanto à exclusão da Nota Fiscal nº 18847 e que o cálculo anexo à Decisão recorrida contradiz o teor da sua conclusão por excluir valores julgados como devidos, e, por isso, sugeriu a realização de diligência para específica conferência da mercadoria referida pelo contribuinte relativa a material de consumo e bens do ativo imobilizado que teriam sido indevidamente incluídos na exigência fiscal.

Asseverou a impertinência da irresignação do sujeito passivo de que não haveria incidência do ICMS nas operações de transferência interestadual de bens entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, ainda que a título de demonstração e que o recorrente olvidou a expressa

previsão do art. 12, I, da LC 87/96, que estabelece como hipótese de incidência a saída de mercadoria do estabelecimento mesmo que seja para outro do mesmo titular.

Acrescentou que esse dispositivo legal é corolário lógico do art. 11 § 3º, inciso II que inseriu no ordenamento jurídico o princípio da autonomia dos estabelecimentos do mesmo titular.

Observou que, mesmo que não existisse tal regramento, que se trataram de operações envolvendo estabelecimentos localizados em estados diversos, o que impõe disciplina particular para evitar a quebra do princípio federativo, matéria que foi ressaltada pelo d. Roque Antônio Carrazza.

E, afirmou que, por força dessas considerações, em se tratando de transferências interestaduais de mercadorias, inaplica-se a Súmula nº 166 do STJ, por não fazer menção às operações de transferência envolvendo estados distintos, a se aplicar o aludido princípio da autonomia dos estabelecimentos.

Enfatizou que feitas estas considerações, que não repercute no exame da questão em tela se as mercadorias objeto da autuação se tratavam de bens de consumo ou do ativo imobilizado para fins de aplicação da regra do art. 22, IV, do RICMS, cujo dispositivo disse não fazer referências às operações interestaduais, sem se permitir, à lume do princípio da estrita legalidade, interpretação extensiva pela Administração Fazendária, e que neste item está correta a autuação fiscal.

Concluiu pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, sendo que:

- 1- Pelo acolhimento da exclusão da Nota Fiscal nº 1883;
- 2- pela realização de diligência para confirmação se houve inclusão de valores relativos à saída – devoluções- e materiais de consumo CFOP 5556 e 6566 – e de bens do ativo imobilizado – CFOP 5553 e 6553, tidos como indevidos pelo recorrente;
- 3- pela rejeição das alegações recursais quanto à cobrança de ICMS nas operações de transferência de mercadoria entre estabelecimento do recorrente localizados em estados diversos e nos retornos interestaduais de mercadoria à guisa de demonstração.

Na assentada do julgamento, a procuradora Maria Dulce Baleiro Costa considerou desnecessária a realização da diligência supramencionada, pois a análise dos demonstrativos constantes nos autos já a conduziram ao entendimento de que em relação à alegação do recorrente de indevida manutenção pela JJF dos valores relativos às operações realizadas com CFOP 5556 merece ser acolhida.

VOTO

Mediante Recurso de Ofício e Voluntário foi devolvido a este Colegiado o reexame do Auto de Infração que foi julgado parcialmente procedente.

De início, quanto ao Recurso de Ofício, constato que, em relação à infração 1, o voto da JJF foi no sentido de considerar que o contribuinte logrou comprovar parcialmente suas alegações de que algumas mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária sendo, portanto, indevida a cobrança de diferencial de alíquota, assim como a exigência relativa à prestação de serviços de transporte das referidas mercadorias (itens A e B).

Observo que, no que concerne ao item D, correto o entendimento da JJF ao acatar as retiradas das notas fiscais relativas ao desfazimento da operação, porquanto não houve prejuízo financeiro ao erário estadual, já que o crédito da nota fiscal de desfazimento da operação iguala-se ao débito da nota fiscal da operação anterior, que se tratou de devolução de compra de material de uso e consumo. Nada a reformar.

Partindo a análise para o item E, de igual forma, verifico que foram os próprios fiscais que admitiram que a natureza da operação se tratou de remessa para locação sobre a qual não incide o ICMS, à luz do art. 6º, inciso XIV, alínea “a”, do RICMS/BA, tendo, pois, sido pertinente a exclusão da nota fiscal como consta nos novos levantamentos por eles elaborados.

Acerca do item D, o sujeito passivo produziu prova de que a Nota Fiscal nº 19410- “ICMS Difal”- não havia sido pago quando de sua entrada, entretanto, como observado pelo Relator, o tributo correspondente foi exigido no lançamento de ofício de nº 269116.0001/09-1.

Infiro, ainda, que, como pontuou a JJF, que o contribuinte comprovou e foram acatados na informação fiscal, os argumentos quanto ao erro de cálculo constante na planilha original “ANEXO III - Demonstrativo do ICMS Estorno Difal Devoluções Sefaz”, na coluna “Estorno do Difal”, constatação esta que os levou às retificações, com redução do ICMS para R\$ 44.632,43 nos moldes computados no demonstrativo acima transcrito, valor que foi reconhecido e já pago pelo sujeito passivo.

Não há, por estes fundamentos, razões para a reforma do Julgado de primeira instância, ficando, assim, improvido o Recurso de Ofício.

Idem quanto às infrações 2, 3 e 4 cujas acusações é de falta de recolhimento do ICMS quando da saída de bem do ativo imobilizado em face da desincorporação, tendo sido exigido para a infração 2 saídas com alíquota de 7%, na infração 3 de 12% e na infração 4 de 17%.

Passo a fundamentar acompanhando o detalhamento feito pela JJF que “itemizou” em **itens A e B**, isto é, cobrança do imposto na saída (devolução) de materiais de consumo – CFOP 5556, 6556 e 6949 e na saída (devolução) de bens do ativo imobilizado - CFOP 5553 e 6553 -.

Constatou que, para melhor exposição dos fundamentos que alicerçam o voto da JJF, foram parcialmente transcritas decisões em derredor dessa matéria proferidas pela 1^a e 2^a CJF, tendo, inclusive, o sujeito passivo ali figurado nessa condição. Feita essa transcrição como reforço do seu entendimento, o Relator de primeiro grau concluiu ratificando a posição de que as regras de devolução de mercadoria devem ser aplicadas a implicar no descabimento da cobrança, e, por isto, foi excluído os respectivos valores exigidos (saídas-devolução de materiais de consumo com CFOP 5556 e 6556- e de bens do ativo imobilizado com CFOPS 5553 e 6553).

Nada há a ser reformado, devendo ser mantida a exclusão consoante posição já cediça no âmbito das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF como esposado no voto trazido à baila pela JJF como paradigmático.

O item E, de igual modo, trata-se da desoneração por ter o sujeito passivo comprovado que recolheu o ICMS sobre as operações de vendas de bens do ativo imobilizado e material de uso e consumo –CFOP 5551, e ainda correta a exclusão das saídas de sucatas com CFOP 5949, porquanto amparadas pelo regime de diferimento.

Quanto ao Recurso Voluntário, como se verifica, os autuantes em face dos argumentos defensivos procederam uma revisão fiscal que teve o efeito de reduzir o débito originalmente lançado, o que foi acatado pela JJF, tendo acolhido alguns argumentos de defesa o que implicou na redução de outros itens, restringindo-se a súplica recursal a alguns aspectos, pontualmente, como acima relatado.

Discordo da posição da procuradoria quanto à Nota Fiscal nº 18847 e da alegação recursal, eis que restou comprovado que o valor a ela pertinente já havia sido excluído pelo autuante, conforme se constata dos demonstrativos de fls. 499, 500 e 501.

Quanto à alegação do CFOP 5556, de fato, assiste razão ao recorrente ao alegar que a JJF embora tenha proferido entendimento pela sua exclusão da exigência fiscal, o manteve. Nesse sentido dou provimento ao apelo para excluir os valores relativos às Notas Fiscais nºs 00478 e 00477, nos valores respectivos de R\$ 28,53 e R\$ 307,07, totalizando R\$ 335,60, e não R\$ 751,56, como alega o recorrente, a tornar “zerada” a exigência de imposto para a data de ocorrência de 31.07.2009 da infração 4. Assim, para esta infração permanece como devido o ICMS no valor de R\$ 416,16.

Ressalto que do exame do demonstrativo de fl. 512, no período de julho/2009, constata-se que apenas o CFOP 5556, relativo às notas fiscais acima citadas não tinha sido excluído pela JJF o que ora fica retificado.

Acerca dos argumentos recursais em derredor das exigências referentes às transferências interestaduais de mercadorias, comungo da posição da PGE/PROFIS de que a Súmula 166 do STJ invocada pelo contribuinte não abrange as hipóteses de operações que envolvam estados distintos, em respeito ao princípio da autonomia dos estabelecimentos.

Por outro lado, em relação às operações interestaduais de remessa e devolução para simples demonstração, é cediço que são operações tributadas normalmente, sendo objeto de suspensão do ICMS apenas as operações internas nos termos do art. 599, do RICMS, não havendo para as operações interestaduais qualquer Convênio ou Protocolo do CONFAZ prevendo desoneração nesse sentido.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269116.0001/10-5, lavrado contra COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$199.541,15, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo a homologação do valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS