

A. I. Nº - 298922.0001/11-1
AUTUADO - COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF
AUTUANTE - JOSÉ SÉRGIO DE SOUSA GUANABARA e LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET 23.11.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0284-04/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos com a exclusão: i) de com fase de tributação encerrada; ii) de valor relativo a operações com redução de base de cálculo prevista nos arts. 75, I e V, do RICMS-BA; iii) de valores relativos a mercadorias imunes. Infração elidida em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMA NOS PRAZOS REGULAMENTARES. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **a)** TRANSFERÊNCIA DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Documentos autuados comprovam operações de transferências de mercadorias de uso e consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. **b)** DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA ADQUIRIDA PARA USO E CONSUMO E PARA ATIVO FIXO. **b.1)** ALÍQUOTA 7%; **b.2)** ALÍQUOTA 12%; Infrações elididas em parte por exclusão de valores relativos a remessa com suspensão de ICMS prevista no art. 624, do RICMS-BA e de operações fora do campo de incidência do ICMS (comodato). **b.3)** ALÍQUOTA 17%. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 13/09/11 e exige ICMS no valor de R\$443.897,41, em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo e ativo permanente do estabelecimento, Refere-se à falta de recolhimento, ou recolhimento a menor de ICMS Difal devido nas aquisições interestaduais destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, e também para integrar o seu ativo permanente, conforme Anexos I, II e III - R\$26.347,23. Período: janeiro a junho e novembro 2007;
2. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Refere-se à falta de recolhimento de ICMS incidentes sobre as transferências interestaduais de material de uso, no exercício 2007, conforme demonstrativo Anexo V. Valor: R\$ 337.797,53. Período: janeiro a dezembro 2007;
3. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Refere-se à falta de recolhimento de ICMS incidente sobre operações de devolução de bens do ativo imobilizado e de material de uso e consumo, no exercício 2007, conforme demonstrativo Anexo IV, saídas com alíquota de 7%. Valor: R\$ 13.839,53. Período: janeiro a junho, agosto a novembro 2007;

4. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, Refere-se à falta de recolhimento de ICMS incidente sobre operações de devolução de bens do ativo imobilizado e de material de uso e consumo, no exercício 2007, conforme demonstrativo Anexo IV, saídas com alíquota de 12%. Valor: R\$ 48.702,78. Período: janeiro a março, maio a dezembro 2007;
5. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, Refere-se à falta de recolhimento de ICMS incidente sobre operações de devolução de bens do ativo imobilizado e de material de uso e consumo, no exercício 2007, conforme demonstrativo Anexo IV, saídas com alíquota de 17%. Valor: R\$ 17.210,34. Período: abril a novembro 2007.

O autuado apresenta defesa, (fls. 196/211), alegando:

INFRAÇÃO 1: que não deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, pois os auditores, equivocadamente consideraram os valores consignados nas notas fiscais, ignorando a existência de substituição tributária e ou base de cálculo reduzida nas transações de aquisição de mercadorias, conforme argumentos que passa a expor:

- a) Nota Fiscal nº 234.791: contemplada com substituição tributária prevista no art. 370 do RICMS/BA;
- b) Redução da base de cálculo (RBC) prevista no artigo 75, V e 77, I, do RICMS/BA nas aquisições de mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 1.391, 1.390, 5.352, 363, 838, 577, 435, 650, 6.489, 434, 2.920, 455, 456, 1.431, 666, 9.011, 6.604 e 17.045;
- c) Redução de base de cálculo prevista no art. 77, I, do RICMS-BA, para as Notas Fiscais nºs 867, 88.128, 18.914 e 20.990;
- d) Equívoco com relação à cobrança de diferença de alíquota de ICMS relativa às Notas Fiscais nºs 679, 10.578, 168 e 169, pois se referem a aquisições de livros técnicos e formulários, sobre as quais não incide ICMS, a teor do artigo 6º, I e XV, do RICMS/BA.

INFRAÇÃO 2: Exemplificando com as Notas Fiscais nºs 2262, 2270, 2271, 3308, 10798, 10268, 3357 e 2333, e demais notas que anexa, diz que as movimentações não foram de materiais de consumo e sim de bens do ativo do autuado.

Aduz que a movimentação de material do ativo de um estabelecimento para outro da CHESF encontra guarida no art. 22 do RICMS/BA.

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

Transcreve o art. 155, II da Constituição Federal (CF), discorre sobre os conceitos de “operação”, “circulação” e “mercadoria”, parte de textos de doutrinadores, decisões de Tribunais Superiores (STJ: REsp. 23.184-3 – PR; REsp. 26.060-MG, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 10.998-MG; STF: ERE 75026/RS) que firmaram entendimento de inexistência de negócio, de operação, de circulação, transmissão de direitos de disponibilidade, não há “mercadoria”, porque os bens, enquanto na propriedade de quem os produziu são meros produtos e que a simples saída, não representa operação tributável.

Ressalta que o entendimento predominante no STJ é de que não há incidência de ICMS nas operações de transferência de mercadorias de um para outro estabelecimento da mesma empresa, cuja Súmula nº 166 estabelece que “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Alega haver cobrança relativa a remessa de bauxita do estabelecimento autuado a outras unidades em PE e SE para descarte, bem como remessa de amostra de óleo isolante para laboratório da Impugnante em PE.

INFRAÇÕES 3, 4 e 5: Diz haver cobrança de ICMS sobre saídas de bens do ativo imobilizado e de materiais de consumo;

Item A: refere-se a saída em devolução de materiais de consumo (CFOPs 5556 e 6556) que entende indevida e a aduz não haver dúvida quanto à legalidade de se beneficiar do crédito de ICMS relativo à aquisição do material devolvido, a teor do art. 652, do RICMS/BA. Nesse sentido, cita o entendimento do CONSEF nos AIs 281228.0004/05-8 e 269095.0001/07-9.

Item B: refere-se a cobrança de ICMS sobre devolução de bens do ativo imobilizado – CFOP 6553. Aduz que, embora lhe seja facultada a utilização do crédito da aquisição dos referidos bens (art. 652 do RICMS), não vem utilizando esses créditos desde setembro 2006 e se assim vem procedendo, não é lícito que pague ICMS sobre devolução dos bens.

Item D: refere-se a cobrança de ICMS sobre devolução de bens recebidos para demonstração e recebidos para substituição de bens defeituosos – CFOPs 5913, 6913 e 6949. Também diz que embora lhe seja facultada a utilização dos créditos incidentes sobre as preditas operações (art. 93, VII, do RICMS/BA) não os utilizou. Portanto, não é lícito que pague ICMS sobre a devolução desses bens.

Item E: refere-se a cobrança de ICMS sobre remessa de bens do ativo permanente para utilização fora do estabelecimento e posterior retorno (Notas Fiscais nºs 2531, 11014, 11015 e 10300). Aduz que essas operações não acarretam alteração de titularidade do bem, não constitui negócio jurídico, tampouco operação econômica, além do que, a teor do art. 6º, XVI, do RICMS/BA, sobre elas não há incidência de ICMS.

Item F: repetindo o argumento dado ao item anterior, diz referir-se a devolução de bens de terceiros, recebidos a título de empréstimo (Notas Fiscais nºs 10.473 e 3433).

Item G: refere-se a cobrança de ICMS relativo à Nota Fiscal nº 10797, cujo imposto já foi pago.

Diante do exposto e das provas documentais requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal de fls. 434-446, os autuantes rebatem as razões da defesa:

INFRAÇÃO 1

A Nota Fiscal nº 234.791: acolhem o argumento defensivo de referir-se a operação com substituição tributária e a excluem do lançamento tributário.

Redução de base de cálculo das Notas Fiscais nºs 1.391, 1.390, 5.352, 363, 838, 577, 435, 650, 6.489, 434, 2.920, 455, 456, 1.431 (Cruzeiro do Sul Aviação), 666 (Sudeste Peças e Manutenção de Aeronaves Ltda), 9.011, 6.604 e 17.045, com fundamento no art. 75 do RICMS/BA:

Transcrevendo o dispositivo citado, dizem que as operações de comercialização de peças de aeronaves possuem previsão para redução de base de cálculo concedida pelo Convênio ICMS 75/91, mas a exigência prevista no §3º não foi informada nos documentos fiscais que amparam as operações, nem tampouco foram trazidas pela defesa. Entretanto, analisaram todos os atos COTEPE publicados sobre o assunto (Atos 03/2004, 18/2005, 61/2005, 84/2006, 12/2007, 01/2008, 24/2008, 36/2008, 17/2009, 27/2009 e 28/2009) e confirmaram que os fornecedores estão relacionados em Ato COTEPE e podem usufruir do benefício fiscal de redução da base de cálculo, desde que atendidas as demais exigências para tanto, em especial quanto à identificação prevista no inciso IV do §1º do art. 75, do RICMS/BA, que somente constam das Notas Fiscais nºs 1431 e 666 (fls. 229, 230 e 231), motivo pelo qual as excluem da autuação.

Redução de base de cálculo das Notas Fiscais nºs 867, 83128, 18914 e 20990: Acolhem a alegação defensiva, uma vez que as operações que acobertam estão amparadas pela redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91 e também as excluem da autuação.

A Notas Fiscais n^{os} 679, 10578, 168 e 169: Ressaltando que apesar de oportunamente para tanto intimado, o autuado somente as apresentou na defesa, confirmam que as duas últimas (fls. 241 e 242) se referem à aquisição de livros didáticos e, por isso, as retiram do lançamento tributário. Não vislumbrando motivo para retirá-las, mantêm as duas primeiras (fls. 239-240).

Em face das citadas observações, alteram os demonstrativos da infração (Anexos I, II e III), ajustando o valor exigido de R\$ 26.347,23 para R\$ 10.692,40.

INFRAÇÃO 2

Operações com CFOP 6557 que o autuante entende serem bens do ativo permanente e não material de uso e consumo (entre os quais: caixa de freja, bucha de alta tensão, extintores de incêndio, medidor de relação, frequencímetro, estruturas metálicas, etc).

Assinalam que a descrição do bem não é suficiente para classificá-lo como sendo de ativo ou material de uso e consumo, porque os bens utilizados em substituição a outros, decorrente de manutenção recebem tratamento, inclusive pelo próprio autuado, de material de uso e consumo.

Discordam do argumento de não incidência em face de não haver transferência de titularidade e aplicação da Súmula n^o 166 do STJ em face da competência estadual do imposto e de a súmula se restringir a operações internas.

Informam que também não se aplica a isenção prevista no art. 22, IV, do RICMS-BA (Convênios AE 5/72, ICMS 33/90, 100/90, 80/91 e 151/94) por não se referir a operações com bens do ativo imobilizado.

Sobre a remessa de bauxita e óleo isolante, observam que além de não constatarem o retorno dos materiais, os documentos fiscais consignam CFOP 6557 – Transferência de material de uso e consumo, razões pelas quais mantêm a infração.

INFRAÇÕES 3, 4 e 5 que correspondem apenas a uma (devoluções de bens do ativo e material de uso e consumo, variando apenas as alíquotas):

Item “A” da defesa: Afirmam que a devolução de material de uso e consumo (CFOP’s 5556 e 6556) é operação tributável.

Aludem quanto à apuração do ICMS, direito ao crédito fiscal e dizem que não houve o registro escritural do crédito, mas transcrevendo os arts. 93, §3º e 652 do RICMS-BA, informam que nada impede que o autuado possa registrá-lo, ainda que extemporaneamente.

Item “B” da defesa (Operações com CFOP’s 5553 e 6553): Contra-argumentam no mesmo sentido do item anterior, apenas ressaltando que por tratar-se de devoluções de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, o contribuinte já deveria ter utilizado o crédito fiscal desde a entrada das mesmas, diferentemente dos materiais destinados ao uso e consumo, para os quais a legislação só permite utilização de crédito fiscal no caso de devoluções das mesmas.

Item “C” da defesa: Salientando não haver previsão legal, discordam da alegação defensiva relativa às notas fiscais 10790, 10913 e 10914, que se referem ao transporte de cinzas e resíduos sólidos, pois o artigo 6º, XVI, do RICMS-BA, não se aplica ao caso.

Item “D” da defesa: Operações interestaduais de devolução de bens recebidos para demonstração e de bens recebidos para substituição de outros com defeitos (CFOP’s 5913, 6913 e 6949).

Argumentam que a legislação é omissa no tocante às remessas e retornos interestaduais de bens em demonstração, pois a suspensão da incidência prevista no art. 341 do RICMS se refere a operações internas. Como o art. 108, §2º do CTN não permite aplicação de equidade no sentido de resultar dispensa de tributo e não havendo hipótese de não incidência, isenção, ou suspensão da incidência do ICMS, tendo em vista que operações interestaduais são tributáveis, entendem que as notas fiscais relativas a tais operações devem conter destaque do imposto, razão pela qual mantêm a exigência tributária dessas operações.

Item “D” da defesa: ICMS sobre remessa de bens do ativo para utilização fora do estabelecimento e posterior retorno – Notas Fiscais nºs 2531, 11014, 11015 e 10300.

Ainda que o Impugnante tenha invocado dispositivo regulamentar equivocado para elidir a autuação, verificam que a incidência do ICMS é suspensa nas operações e, por essa razão, as excluem da autuação.

Item “F” da defesa: Exigência de ICMS sobre devolução de bens de terceiros recebidos a título de empréstimo (Notas Fiscais nºs 10473 e 3433).

Por se referirem a operações relativas a contrato de comodato, acatam a alegação defensiva pela aplicação do disposto no art. 6º, XIV, do RICMS/BA e retiram as notas fiscais da autuação.

Item “G” da defesa: Exigência de ICMS relativo à Nota Fiscal nº 10997 em face de o imposto já ter sido pago.

Em face da comprovação de recolhimento do ICMS (fl. 428), excluem a nota fiscal da autuação.

Por consequência, ajustam os valores devidos pelas infrações, conforme expressam na informação fiscal e novos demonstrativos carreados aos autos (fls. 434-456).

Intimado para ciência da informação fiscal com entrega de cópia dos novos documentos (fl. 457), o autuado se manifesta às fls. 460-462.

Diz ser errônea a cobrança da quantia relativa às Notas Fiscais nºs 1431 e 666 pela infração 1, porque na aquisição das peças o fornecedor destacou ICMS na razão de 4% sobre o valor das operações, atendendo a exigência contida no art. 75 do RICMS/BA. Por conseguinte, a “difal” de R\$ 179,50 é improcedente.

Do mesmo modo, ao teor do disposto no art. 6º, XIV, do RICMS/BA, alega ser indevido o valor de R\$ 385,00 concernente às Notas Fiscais nºs 679 e 10578, por se referir a aquisição de serviços gráficos.

Por fim, reitera as razões relativas às infrações 2, 3, 4 e 5 deduzidas na impugnação.

Às fls. 469-470, os autuantes prestam nova informação fiscal. Dizem que a redução da base de cálculo nos termos do artigo 75, IV, do RICMS-BA é condicionada à identificação dos proprietários e arrendatários de aeronaves, identificados como tal pela anotação da respectiva matrícula e prefixo no documento fiscal, o que não ocorreu, e quanto às Notas Fiscais nºs 679 e 10578, discordam das razões do Impugnante, tendo em vista que a legislação tributária que as fundamentam não abriga a não incidência do ICMS.

Concluem pedindo a procedência do valor ajustado (R\$ 410.691,99).

Intimado para ciência da nova informação fiscal, o autuado não se manifestou.

VOTO

Embora a Procuração para representação do Impugnante (fl. 212) não tenha sido concedida pelo estabelecimento autuado, mas pela CHESF matriz, dada ao princípio do informalismo que rege o Processo Fiscal e por não trazer qualquer prejuízo ao autuado e manter a oportunidade do contraditório e ampla defesa que usou, a acolho para este caso.

O Auto de Infração exige ICMS relativo a cinco infrações como acima relatadas.

Compulsando os autos observo que em face dos elementos de prova apresentados na defesa, parte das razões defensivas foram acatadas pelos autuantes por ocasião da informação fiscal.

Para a infração 1, por se tratar de operação com mercadoria contemplada com substituição tributária (combustível), acertadamente os autuantes excluíram a Nota Fiscal nº 234.791 (fl. 215).

Quanto às operações beneficiadas com redução de base de cálculo, conforme ressaltado pelos autuantes, o Convênio ICMS 75/91 (§1º, 4, Cláusula primeira), prevê identificação na nota fiscal do

prefixo das aeronaves e publicação das empresas em Ato Cotepe para fruição do benefício fiscal (art. 75 do RICMS/BA). Logo, tratando-se de benefício fiscal cuja interpretação normativa há que ser restritiva no que diz respeito ao atendimento das condições, considerando que das Notas Fiscais n^{os} 1.391, 1.390, 5.352, 363, 838, 577, 435, 650, 6.489, 434, 2.920, 455, 456, 1.431, 666, 9.011, 6.604 e 17.045 (fls. 216-234), apenas nas de número 1.431 e 666 (fls. 229, 230 e 231), constam à identificação do proprietário ou arrendatário de aeronaves, como tais pela anotação da respectiva matrícula e prefixo, também, acertadamente, somente estas duas foram excluídas da infração.

Do mesmo modo, por contemplarem operações albergadas pela redução de base de cálculo concedida pelo Convênio ICMS 52/91, também foram excluídas da autuação as Notas Fiscais n^{os} 867, 83128, 18914 e 20990 (fls. 235-238).

Como se vê nas cópias juntadas pelo Impugnante às fls. 239-240, as Notas Fiscais n^{os} 679 e 10578 acobertam operações de aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento autuado (continuo multivias e blocos de fichas de atendimento laboratorial) que não são contempladas pela não incidência prevista no artigo 6º, do RICMS/BA, como alega o Impugnante.

Assim, tendo em vista as acertadas exclusões efetuadas pelos autuantes e não havendo reparos quanto ao ajuste efetuado, acolho o novo demonstrativo de débito de fl. 447 para declarar caracterizada a infração que resta parcialmente subsistente no valor ajustado de R\$ 26.347,23 para R\$ 10.692,40.

Infração procedente em parte.

A infração 2 trata de falta de recolhimento de ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas de transferência de material de consumo.

Defendendo-se, autuado alegou que embora acuse transferência de material de consumo:

- a) As movimentações realizadas pela CHESF são **de bens do seu ativo**, a exemplo das Notas Fiscais n^{os} 2262, 2270, 2271, 3308, 10798, 10268, 3357 e 2333, de caixa de freja, bucha de alta tensão, extintores de incêndio, medidor de relação, frequencímetro, estruturas metálicas, etc., que são amparadas com isenção (art. 22 do RICMS/BA);
- b) Mesmo se admitindo que tenham sido de materiais de consumo, entende, com fundamento na Súmula nº 166 do STJ, que não há incidência de ICMS por se tratar de operações de transferências interestaduais para ela mesma.

Por sua vez, os autuantes, aduzindo que a Súmula nº 166 do STJ se refere a movimentação de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa dentro do mesmo Estado, pontuam que, como se vê nas notas fiscais, o próprio autuado trata os bens objetos da autuação como material de uso e consumo em todas as transferências (CFOP 6557 – Transferências interestaduais de material de uso e consumo) objeto da autuação.

Pois bem, o Impugnante traz questão de interpretação do que são bens de consumo ou de ativo fixo, adentrando no aspecto constitucional de incidência ou não de ICMS.

Analisando os autos vejo que a acusação fiscal tem suporte no demonstrativo de fls. 16-18, onde, excetuando as Notas Fiscais n^{os} 3301, 3305, 3308, 3363, 3370 e 3376 cujo CFOP é 6949 (Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado), de fato, o próprio autuado classifica os bens como material de uso e consumo (CFOP 6557 - Transferência de material de uso ou consumo). Isto se confirma nos documentos fiscais juntados aos autos pelo próprio Impugnante às fls. 246-418. Portanto, ao contrário do pretendido, os elementos de prova aportados pelo autuado apenas robustecem a verdade material do caso, qual seja o fato de que os bens transferidos são objeto de uso e consumo do estabelecimento.

Desse modo, considerando que as operações não registram transferências de bens do ativo fixo do estabelecimento para ser objeto da isenção prevista no art. 22, IV do RICMS/BA, mas tratam de remessa de mercadorias destinadas ao uso e consumo do autuado (CFOP 6557) e outras saídas de mercadorias ou prestações de serviço não especificados (CFOP 6949), portanto, tributáveis nos

termos dos arts. 2º, IV e 4º, I, da Lei nº 7.014/96, o cometimento da infração 2 resta indubitavelmente caracterizado e por não ter sido identificado qualquer equívoco nos dados do levantamento tributário, o valor exigido deve ser inteiramente mantido.

Infração procedente.

As infrações 3, 4 e 5 tratam de exigência de ICMS de operações relativas a devoluções de bens do ativo imobilizado e de material de uso e consumo. Como informam os autuantes, por se distinguirem apenas quanto à alíquota do imposto (7, 12 e 17%), de fato, se consubstanciam em uma única infração.

Essas infrações têm suporte inicial no demonstrativo de fls. 12-15 (Anexo IV) e dele constam os seguintes CFOP's: 5.556 - Devolução de compra de material de uso ou consumo, 6.556 - Devolução de compra de material de uso ou consumo, 6.553 - Devolução de compra de bem para o ativo imobilizado, 5.913 - Retorno de mercadoria ou bem recebido para demonstração, 6.913 - Retorno de mercadoria ou bem recebido para demonstração e 6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado.

Dizendo não ter dúvida acerca da incidência do ICMS sobre operação de devolução de material de consumo nem quanto à legalidade de se creditar do imposto relativo à material de uso e consumo devolvido, a teor do art. 652 do RICMS-BA, o autuado disse que compensou o débito pela saída em devolução, com o crédito pela entrada, com base no princípio da não cumulatividade do imposto e, por isso, o ICMS relativo à devolução de mercadoria adquirida para uso e consumo seria indevido.

Com relação à exigência pela devolução de bens adquiridos para o ativo imobilizado (CFOP 6553), disse que embora lhe seja facultada a utilização do crédito fiscal pela aquisição dos bens, não utiliza tais créditos desde setembro 2006 e, por isso, o imposto exigido pela devolução também seria indevido.

Alegou, também, que a exigência fiscal concernente às Notas Fiscais nºs 10790, 10913 e 10914 seria indevida por se referir ao transporte de cinzas e resíduos sólidos de equipamentos para destruição, não incidindo ICMS sobre as operações, conforme previsto no art. 6º, XVI, do RICMS/BA.

Também alegou ser indevida a exigência de ICMS sobre a saída em devolução de bens recebidos para demonstração e sobre a devolução de bens recebidos para substituição de outros com defeito (CFOP's 5913, 6913 e 6949), pois embora lhe seja facultada a utilização dos créditos sobre preditas operações com fundamento no art. 93, VII, do RICMS/BA, não utilizou ditos créditos.

Aduziu que o ICMS incidente sobre a remessa de bens do ativo para utilização fora do estabelecimento e posterior retorno (Notas Fiscais nºs 2531, 11014, 11015 e 10300) também seria indevido a teor do art. 6º, XVI, do RICMS/A, por não constituir alteração de titularidade do bem.

Do mesmo modo, o Impugnante protesta pela exigência fiscal relativa à devolução de bens de terceiros, recebidos a título de empréstimo (Notas Fiscais nºs 10.473 e 3433), bem como a exigência do imposto sobre a Nota Fiscal nº 10997, uma vez que já o houvera pago.

Avaliando as ponderações defensivas, observo que enfrentando essas ponderações, os autuantes corretamente se posicionaram com respeito à não cumulatividade do ICMS distinguindo a obrigação tributária principal liquidamente apurada do crédito fiscal decorrente das aquisições do contribuinte, cujo direito de uso se acha regulamentado nos art. 91 a 96 do RICMS/BA.

Não há direito de uso de crédito fiscal na aquisição de material de uso e consumo, mas conforme o próprio Impugnante se apercebe, o ICMS é devido na saída em devolução de material de uso e consumo e o art. 652 do RICMS/BA autoriza o crédito fiscal quando o material de uso e consumo é devolvido, desde que o registro ocorra dentro do período decadencial. Ocorre que neste caso, o autuado embora tenha destacado ICMS em notas fiscais de devolução não escriturou o débito,

tampouco o crédito fiscal. Neste caso, o débito é devido e está corretamente exigido neste Auto de Infração.

Como já expressado, embora o autuado tenha direito ao crédito fiscal correspondente, este deve ser escriturado na forma regulamentar, ainda que extemporaneamente, desde que no prazo decadencial, não sendo possível a compensação como pretende o Impugnante.

Esse mesmo raciocínio vale para as operações de devolução de mercadorias adquiridas para o ativo imobilizado do estabelecimento. Se, tendo direito, o autuado não fez uso do crédito fiscal pela entrada, foi por livre e espontânea vontade, aliás, como declara o Impugnante, mas, por ser tributável, o imposto pela devolução é devido e está corretamente sendo exigido.

Não há razão para exclusão das Notas Fiscais nºs 10790, 10913 e 10914 como pleiteia o Impugnante, pois as operações acobertadas por essas notas são tributáveis e não se incluem na hipótese de não incidência apontada na defesa.

Tendo em vista apenas haver previsão legal para suspensão de incidência de ICMS nas saídas internas de mercadorias remetidas para demonstração (RICMS/BA: art. 599), também não razão para exclusão das notas fiscais com CFOP's 5913, 6913 e 6949, como pedido pelo Impugnante.

Embora tenha invocado dispositivo regulamentar equivocado, constato que corretamente os autuantes excluíram do lançamento as Notas Fiscais nºs 2531, 11014, 11015 e 10300, tendo em vista a hipótese de suspensão de incidência de ICMS sobre as operações, conforme previsto no art. 624 do RICMS/BA.

Do mesmo modo, em face da operação de comodato não se encontrar no campo de incidência do ICMS, vejo que as Notas Fiscais nºs 10473 e 3.433 também foram devidamente excluídas da autuação, assim como também foi excluída a Nota Fiscal nº 10997, tendo em vista a comprovação do pagamento do imposto contida na fl. 428.

Assim, em face das ponderações acima, assumo o “*Demonstrativo do ICMS Devido nas Saídas não Recolhido – Devoluções Interestaduais – Retificado*” de fls. 451-452 e acolho os novos demonstrativos de débito das infrações 3, 4 e 5 expostos nas fls. 445-446 dos autos, tendo em vista a subsistência parcial das infrações 3 e 4 em face do ajuste do valor de R\$ 13.839,53 para R\$ 8.137,33 (infração 3), de R\$ 48.702,78 para R\$ 36.754,17 (infração 4) e da manutenção da exigência fiscal relativa à infração 5 (R\$ 17.210,34).

Em face do exposto voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, cujo valor devido resta reduzido de R\$ 443.897,41 para R\$ 410.691,99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298922.0001/11-1**, lavrado contra **COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$410.591,77**, acrescido da multa de 60% sobre R\$348.489,93 e 50% sobre R\$62.101,93, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “f” e “a”, I, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INACIO DE AQUINO - RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR