

A. I. N° - 269135.0015/12-3
AUTUADO - TIM CELULAR S.A.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 15/05/2014

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0044-06/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALIQUOTA. AQUISIÇÃO EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. CÁLCULO INCORRETO DO IMPOSTO E NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS NO RELATÓRIO DIFAL. Contribuinte elide em parte a atuação. Item subsistente em parte. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS A DEMONSTRAÇÃO, CUJO RETORNO NÃO FOI COMPROVADO. Identificando de que se trata de entrada de mercadoria destinada ao ativo fixo do sujeito passivo, e essas mercadorias originárias de outras unidades da Federação não retornaram ao estabelecimento de origem. Item caracterizado. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA DESTINADA AO ATIVO PERMANENTE. Comprovado que a mercadoria é destinada ao ativo fixo da empresa, o crédito não pode ser utilizado integralmente em apenas uma parcela, mas, sim, em 48 parcelas com registro do crédito no livro CIAP. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2012, exige o débito, no valor de R\$272.866,39, inerente ao ano de 2010, conforme documentos às fls. 05 a 48 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Lançado ICMS de R\$51.820,60, mais multa de 60%.

Consta da descrição dos fatos de que a autuação decorre de cálculo incorreto do valor do imposto a recolher por Diferença de Alíquota (DIFAL) e também de Notas Fiscais não lançadas no Relatório DIFAL, sendo a carga tributária calculada na forma do disposto no art. 87, inciso V do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, conforme demonstrativo às fls. 06 a 26 dos autos.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Lançado ICMS de R\$130.026,96, mais multa de 60%.

Consta da descrição dos fatos de que a autuação decorre de Notas Fiscais escrituradas com o CFOP nº 2912 – *Entrada de Mercadoria ou Bem para Demonstração*, cujo retorno ao remetente não foi comprovado, sendo, portanto devido ICMS por Diferencial de Alíquota (DIFAL), já que trata-se de mercadoria destinada a Ativo Permanente da empresa, onde a carga tributária foi calculada na forma disposta no art. 87, inciso V, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, conforme demonstrativos às fls. 28 a 35 dos autos.

INFRAÇÃO 3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Lançado ICMS de R\$91.018,83, mais multa de 60%.

Consta da descrição dos fatos de que, sendo estes créditos decorrentes de Notas Fiscais escrituradas com o CFOP nº 2912 – *Entrada de Mercadoria ou Bem para Demonstração*, cujo retorno ao remetente não foi comprovado, sendo mercadoria destinada a Ativo Permanente da empresa, o crédito não poderia ter sido utilizado integralmente em apenas uma parcela, mas sim de acordo com a legislação relativa a crédito de Ativo Permanente (CIAP), conforme demonstrativo à fl. 37 dos autos.

Às fls. 54 a 62 dos autos, a defendant impugna as três infrações, com documentos anexos, onde preliminarmente diz que em relação à Infração 1, houve erro do Fisco na identificação de algumas notas fiscais, que não sofrem incidência de ICMS DIFAL, no tocante à Infração 02, por se tratar de operação com produtos para demonstração, não há a incidência de ICMS, por fim, no que tange a Infração 3, em relação ao crédito aproveitado e reputado como indevido pelo Fisco, o aproveitamento foi realizado da maneira correta, conforme registro nos livros de Registro de Entrada e Saída. Em seguida, no mérito, desenvolve seus argumentos de defesa em relação a cada um dos itens da autuação na forma dos seguintes esclarecimentos:

Em relação à Infração 1 diz que houve erro do fisco ao apontar as Notas Fiscais nºs 72010, 92010 e 112010 como demonstrativos de operações que sofrem incidência de ICMS DIFAL, bem assim as de nºs 722010, 92010, 112010 e 353268, que são Notas de Débito e, portanto, prestação de serviço sobre o qual não cabe tributação de ICMS, mas sim de ISS.

Sobre a Infração 02, aduz que as notas fiscais presentes no Anexo B do Auto de Infração em epígrafe dizem respeito à circulação de mercadorias para demonstração, onde afirma que não incidência de ICMS sobre entradas de mercadorias para demonstração, destacando trecho da obra de José Eduardo Soares Melo - ICMS – Teoria e Prática. 2ª Edição. Ed. Dialética, São Paulo. 1996, p. 30.

Quanto a infração 03 diz que o crédito aproveitado no escriturado sob nomenclatura do CFOP nº 2912 – Entrada de Mercadoria ou Bem para Demonstração - está devidamente comprovado no livro de Registro de Entradas dos meses de setembro, outubro e dezembro de 2012 e no livro de Registro de Saídas dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2012 (Doc. 03 – no CD em anexo).

Destaca que recebeu os bens para demonstração e, ao devolvê-los, em cumprimento ao que determinam os artigos 599, § 2º e 600 do RICMS da Bahia, que o descreve, recolheu o imposto e demais obrigações acessórias. Dessa forma, diz que comprova o direito ao aproveitamento do crédito.

Traz a tona, também a discussão sobre a impossibilidade de caráter arrecadatório das penalidades, a necessária proporcionalidade das multas e o princípio do não-confisco. Na autuação ora discutida, diz que a multa aplicada foi de exorbitantes 60% do valor principal da cobrança de ICMS atualizado. Observa que, a multa deve ter como critério a cobrança que exprima o dano sofrido pelo Erário em decorrência da infração tributária cometida. Isso quer dizer que a sanção prevista deve ser proporcional e adequada para desencorajar a postura que se deseja evitar por parte do contribuinte, mas não pode terminar por funcionar como um instrumento de arrecadação.

Assim posto, destaca que a presente autuação mostra-se desproporcional, pois a multa aplicada não é condizente com a infração cometida. Destaca ensinamentos de Luís Roberto Barroso, de Gilmar Ferreira Mendes. Conclui, dizendo que a multa deve ser sempre adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para chegar ao fim a que se propõe, otimizando assim, o atendimento dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Traz ainda, o destaque da vedação do uso de tributo com efeito de confisco – princípio do não-confisco – previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal, de fundamental

importância na defesa da integridade do patrimônio dos contribuintes e no respeito ao direito de propriedade constitucionalmente assegurado (arts. 5, inciso XXII e 170, inciso II, da Constituição Federal). Diz que, segundo referido princípio, o ente tributante não pode subtrair mais do que uma parcela razoável do patrimônio do contribuinte, sob pena de incorrer em confisco, que se caracteriza, apropriação arbitrária do bem de propriedade do contribuinte.

Destaca, ainda, que a vedação constitucional é no sentido de que, a pretexto de exercer a atividade de imposição ou lançamento de imposto ou multa, o Poder Público se aposse dos bens do contribuinte. Sobre o tema, discorre alguns posicionamentos dos mestres Antônio Roberto Dória e Ricardo Lobo Torres. Destaca, também, ensinamentos de Maria Tereza de Cárcomo Lobo, de que as penalidades devem se sujeitar à vedação constitucional do não-confisco.

Salienta também que o Supremo Tribunal Federal (ADIN – MC nº 1.075/DF, Relator Ministro Celso de Mello, decisão em 17.06.1998) já se manifestou expressamente no sentido de que o princípio do não-confisco previsto no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, igualmente se aplica às multas. Neste sentido, foi deferida medida cautelar em ação direta de constitucionalidade para suspender, até decisão final, a execução e aplicação do art. 3º, parágrafo único da Lei nº 8.846/94, que prevê a aplicação de multa pecuniária de até 300% sobre o valor do bem objeto da operação ou do serviço prestado, na hipótese de o contribuinte não haver emitido a nota fiscal relativa à venda de mercadorias ou prestação de serviços, por ter sido considerada juridicamente relevante a tese da ofensa ao artigo 150, IV, da Constituição Federal.

Assim, diz que, diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal, fica evidente que também as penalidades estabelecidas pela legislação tributária devem observar o princípio do não-confisco, sob pena de serem consideradas inconstitucionais. Nesse contexto, destaca que é certo que uma dada penalidade deva ser aplicada com o intuito de evitar futuras ocorrências da mesma infração, porém, o seu valor deve ser tal que mantenha uma proporcionalidade com a suposta infração.

Diante de todo o exposto, requer a Impugnante seja julgado inteiramente improcedente o Auto de Infração nº 269135.0017/12-6, pela cobrança em duplicidade de ICMS sobre os serviços de Recarga Programada e TIM Empresa Controle 50, pela ilegalidade da cobrança de ICMS sobre os serviços de Bloqueio Portal BLAH e Bloqueio Site Timnet, e pela não incidência do ICMS sobre ajustes financeiros, a fim de que seja afastada a cobrança das obrigações acessórias e principal.

Se este não for o entendimento do Ilmo. Julgador, que seja posto o presente processo administrativo em diligência, em respeito ao princípio da verdade material e a garantia da ampla defesa, para que seja apresentada uma maior amostra de notas fiscais e Hash Codes que comprovem o alegado. E ainda, se não for este o entendimento, que seja reduzida a multa de 60% para um valor razoável e proporcional à suposta infração cometida.

Outrossim, requer que todas as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome dos advogados Ernesto Johannes Trouw, OAB/RJ nº 121.095 e Fábio Fraga Gonçalves, OAB/RJ nº 117.404, com escritório na Avenida Rio Branco nº 99, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, às fls. 77 a 79 dos autos, aduzem que, sobre os argumentos apresentados na defesa, relativos a infração 01, concordam com os argumentos do contribuinte que apontou que Notas Fiscais nºs 353268, 72010, 92010 e 112010 e foram incluídas indevidamente no cálculo do DIFAL a recolher.

Dessa forma foi efetuado abatimento dos seguintes valores do total mensal da autuação: mês 09/2010 – R\$4,45 (abatido o valor de DIFAL relativo a Nota Fiscal nº 353268, conforme destacado na fl. 10 deste PAF); mês 10/2010 – R\$4.981,70 (abatido valores de DIFAL relativos as Notas Fiscais nºs 72010 e 92010, conforme destacado na fl. 12 deste PAF); e mês 11/2010 – R\$2.108,41 (abatido o valor de DIFAL relativo a Nota Fiscal nº 112010, conforme destacado na fl. 22 deste PAF).

Assim apresentam novo demonstrativo de débito da infração 1 que segue anexado a informação fiscal (fl. 80) dos autos, apontando um novo débito de R\$44.726,05.

Sobre os argumentos apresentados na defesa, relativos a infração 2 dizem que as mercadorias foram recebidas para demonstração, entretanto o mesmo não conseguiu comprovar a devolução destas mercadorias que foram recebidas para demonstração, portanto a fiscalização considerou a entrada destes produtos como definitiva e exigiu o pagamento do ICMS por DIFAL.

Quanto aos argumentos apresentados na defesa, relativos a infração 3, destacam que comprovando que as mercadorias objeto da autuação constante na infração 2 realmente não retornaram ao remetente, e estas mesmas mercadorias foram destinadas ao ativo fixo da empresa, o contribuinte se apropriou do crédito fiscal (CIAP) em parcela única, em desacordo com a legislação fiscal pertinente. Nada comprovou que pudesse elidir a ação fiscal relativa a esta infração.

Dizem também, que o deficiente questiona a aplicação da multa lançada no Auto de Infração para as infrações observadas, alegando que *“a presente autuação mostrou-se desproporcional, a multa aplicada não é condizente com a infração cometida”*. Neste sentido, dizem que seguiram a determinação da Lei nº 7.014/96, como não poderia deixar de ser, por exação da sua atividade vinculada.

Concluindo, dizem que, tendo em vista às considerações apresentadas mantêm a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário, recomendando o acolhimento do novo demonstrativo de débito juntado à fl. 80 desse PAF, que contemplou as alegações da autuada nos pontos que esta fiscalização entendeu pertinentes em relação à Infração 01, em vista dos elementos de prova apresentados. Por fim, dizem esperar dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento exemplar pela procedência do presente Auto de Infração.

Compulsando mais detidamente os documentos acostados aos autos, em relação aos aspectos da autuação 02 e 03, que são interligadas, observo que, o autuado, em sua peça de defesa à fl. 57, é claro em afirmar de que está comprovado no livro de Registro de Entradas dos meses de setembro, outubro e dezembro de 2012 e no livro de Registro de Saídas dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2012, (Doc. 03 – no CD em anexo), conforme acostado à fl. 74, de que recebeu os bens para demonstração e, ao devolvê-los, em cumprimento ao que determinam os artigos 599, § 2º e 600 do RICMS da Bahia, recolheu o imposto e demais obrigações acessórias, o que vem de encontro à afirmação destacada na Informação Fiscal à fl. 78 de que o autuado nada comprovou que pudesse elidir a ação fiscal, mesmo porque, acesei o CD, abri os arquivos e observei que são os livros fiscais destacados.

Objetivando a busca da verdade material, com fulcro no § 1º, do art. 18, do RPAF, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar do dia 26/09/2013, decidiu converter o presente processo em diligência aos Fiscais Autuantes e órgão competente da IFEP de origem, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- **1ª Providência:** Pelos autuantes, comprovado de que efetivamente os argumentos de defesa, associados aos documentos (Doc. 03 - no CD anexo), acostado aos autos à fl. 74, não elidem efetivamente as infrações, solicitamos prestar informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação na forma do § 6º, art. 127, do RPAF/BA.
- **2ª Providência:** Pela IFEP de origem, após o cumprimento da providencia anterior, expedir intimação ao autuado, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias, devendo ser anexados cópias dos seguintes documentos:
 - a. Informação Fiscal de fls. 77 a 78 e o novo demonstrativo de débito elaborado para a Infração 1, acostado aos autos à fl. 80;
 - b. Informação Fiscal prestada por força desta diligência; e
 - c. Este despacho de solicitação de diligência fiscal.

Após as providências solicitadas, foi solicitado que os autos fossem devolvido ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Em nova informação fiscal às fls. 98 a 99, os autuantes dizem que, apesar do contribuinte afirmar em sua peça de defesa que recebeu os bens em demonstração e os devolveu na forma da legislação, essa argumentação não foi comprovada através dos documentos pertinentes, que seriam as NF's e saída dessas mercadorias, comprovando que efetivamente ocorreu o retorno dos bens aos remetentes.

Destacam que os documentos que o contribuinte junto no CD constante à fl. 74 são livros de entrada e apuração dos meses de setembro a dezembro/2010 que não comprovam a devolução dos bens recebidos em demonstração. Para comprovação do retorno dos bens recebidos em demonstração, afirmam que o contribuinte deveria apresentar as respectivas NF's de saída desses produtos e o livro de saída escriturado com essa mesmas NF's, evidenciando que ocorreu o retorno dos bens ao remetente. Destacam que isso não foi efetuado.

Como não ficou comprovado retorno de bens recebidos em demonstração e o contribuinte utilizou o crédito fiscal das NF's relativas a esses recebimentos, a fiscalização está cobrando o pagamento do DIFAL desses bens que efetivamente passaram compor o Ativo Permanente da empresa (infração 2) e o estorno do crédito decorrente dessas aquisições (infração 3) que foi utilizado integralmente de uma só vez, e como se trata de crédito de bem destinado ao ativo imobilizado este deveria ser utilizado em parcelas mensais correspondentes a 1/48 avos, conforme determina a legislação fiscal pertinente, que regula a utilização de crédito de CIAP.

Conclui mantendo a ação fiscal, recomendando o recolhimento do novo demonstrativos de débito juntado à fl. 80 desse PAF, que contemplou as alegações da autuada nos pontos que entenderam pertinentes em relação a infração 01, mantendo o demonstrativo de débito original das infrações 2 e 3.

Após a ciência dessa nova informação fiscal ao defensor, conforme os termos da intimação à fl. 101, este, à fl. 104, alega que está impossibilitada de manifestar, pois não foram disponibilizados todos os anexos que compõem a informação fiscal, o que diz ferir o princípio da ampla defesa e contraditório.

O órgão competente da INFRAZ desenvolve nova intimação ao defensor, à fl. 111, agora disponibilizando todos os anexos da informação fiscal para manifestar, caso queira.

Às fls. 114 a 122, a defensora acosta aos autos nova manifestação de defesa que a seguir passa a expor apenas os itens relacionados ao objeto da demanda relacionado ao pedido de diligência da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar do dia 26/09/2013, na forma descrita às fls. 93 à 94 dos autos:

Incialmente, menciona que o Fisco concordou com os argumentos apresentadas pela Autuada em sua Impugnação, ao constatar que as Nota Fiscais nºs 3562,68, 72010, 92010 e 112010 foram incluídas indevidamente no cálculo do DIFAL a recolher, realizando o abatimento dos valores relacionados do saldo total da autuação.

Diz também que realizou pagamento do restante do débito discutido na Infração 1 do Auto de Infração em epígrafe (Doc. 01), na quantia equivalente à R\$48.864,88, com as devidas reduções do REFIS Estadual, respeitando, inclusive, todas as formalidades necessárias de acordo com a legislação da Bahia.

Sendo assim, conforme exposto, considerando que parte do débito discutido na Infração 01 foi abatido pelo próprio Fisco e a parte restante foi paga, a Autuada requer, desde já, seja feita a devida baixa no sistema da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia do saldo do crédito tributário total ora discutido.

No tocante à Infração 2, a manifestação fiscal aduz que a Autuada não conseguiu comprovar a devolução das mercadorias objeto da referida Infração, que foram recebidas para demonstração, considerando a entrada destes produtos como definitiva ao ativo fixo da empresa, exigindo o pagamento do ICMS DIFAL com os devidos acréscimos legais.

Contudo, diz que, como já exposto na defesa apresentada outrora pela Autuada, as notas fiscais constantes no “Anexo B” do presente Auto de Infração dizem respeito à circulação de mercadorias para demonstração e, por esta razão, não sofrem a incidência do ICMS.

As saídas de mercadorias para demonstração são simples remessa para exame e divulgação de um bem para averiguação de suas características, qualidades e funcionamento. No entanto, estas mercadorias nunca foram comercializadas pela Autuada, o que descaracteriza a operação comercial e a incidência do imposto. Ora, se não houve a comercialização destes bens, pode-se dizer que estes não foram caracterizadas como mercadorias, afastando a incidência do imposto, o que é o caso.

Sendo assim, a Autuada requer, desde já, que seja desconsiderada esta infração em sua totalidade, pois não há de se falar em incidência de ICMS sobre tais produtos e de suposto crédito tributário.

Em relação a infração 3, ao contrário da constatação da informação fiscal, o crédito aproveitado e escriturado no CFOP nº 2912 – Entrada de Mercadoria ou Bem para Demonstração, está devidamente comprovado no livro de Registro de Entradas escriturado nos meses de setembro, outubro e dezembro de 2012 e no livro de Registro de Saídas, devidamente registradas nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2012.

Diz que recebeu os bens para demonstração e, fazendo a devolução destes bens e demonstrando a sua total boa-fé, recolheu devidamente o imposto e suas obrigações acessórias. Sendo assim, cumpre salientar que, o crédito compensado foi realizado de acordo com a legislação da Bahia, conforme prevê o artigo 599, parágrafo 2º e artigo 600, todos do RICMS da Bahia.

Neste diapasão, comprovado o direito da Autuada ao aproveitamento do crédito desriminado nos autos do aludido Auto de Infração, requer seja cancelada a infração quanto a este ponto.

Às fls. 108, 109, 131 e 132 do PAF, constam Termo de Confissão de Dívida na forma do Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) do Estado da Bahia, instituído através da Lei nº 12.903/13, bem como extrato do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, acerca do detalhamento de pagamento dos valores reconhecida pela autuada.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Quanto ao requerimento da conversão do julgamento em diligencia, em respeito ao princípio da verdade material e a garantia da ampla defesa, com fulcro no § 1º, do art. 18, do RPAF, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar do dia 26/09/2013, decidiu converter o presente processo em diligência aos Fiscais Autuantes e órgão competente da IFEP de origem, para que fossem adotadas, exclusivamente em relação as infrações 2 e 3 as providências destacadas no corpo do presente relatório, já que, os argumentos de defesa em relação a infração 01, foram acatados pelos autuantes em sua plenitude, com elaboração de novo demonstrativo de débito da infração 1 à fl. 80 dos autos.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$272.866,39, relativo a três irregularidades, todas relacionadas com ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, sendo que a primeira infração decorre de cálculo incorreto do valor do imposto a recolher, bem assim de Notas Fiscais não lançadas no Relatório DIFAL. A segunda infração diz respeito às Notas Fiscais escrituradas com o CFOP nº 2912 – *Entrada de Mercadoria ou Bem para Demonstração*, cujo retorno ao remetente não foi

comprovado, sendo, portanto cobrado ICMS por Diferencial de Alíquota (DIFAL), já que se trata de mercadoria destinada ao ativo fixo da empresa. Por fim, a terceira infração decorre da segunda infração, que relaciona ao estorno do crédito utilizado integralmente em apenas uma vez, pois, comprovado que as mercadorias entraram no estabelecimento da autuada para integrar o ativo fixo, a legislação permite sua utilização em 48 meses, com registro no livro CIAP.

O Contribuinte Autuado apresentou impugnação em relação as três infrações, conforme os termos descritos na sua defesa acostada às fls. 54 a 62, bem assim na sua nova manifestação às fls. 114 a 122, sendo que, em relação a infração 1, menciona que o fisco concordou com os seus argumentos apresentados em sua impugnação, ao constatar que as Notas Fiscais n^{os} 3562,68, 72010, 92010 e 112010 foram incluídas indevidamente no cálculo da autuação, onde, realizando o abatimento dos valores cobrados indevidamente, restou um saldo de ICMS DIFAL a recolher de R\$44.726,05 (fl. 80), em que realizou seu pagamento/reconhecimento, com Termo de Confissão de Dívida (fl. 108) na forma do Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) do Estado da Bahia, instituído através da Lei n^º 12.903/13. Dessa forma resta subsistente em parte a infração 1 no valor de R\$44.726,05 apurado pelos autuantes à fl. 80 dos autos e reconhecido pelo autuado.

Quanto a infração 2, a qual exige o valor do ICMS de R\$130.026,96, decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, relativo a entrada de mercadoria ou bem para demonstração (CFOP 2912), cujo retorno ao remetente não foi comprovado, sendo, portanto cobrado ICMS DIFAL, já que se trata de mercadoria destinada a Ativo Permanente da empresa, onde a carga tributária, como expresso pelos autuantes na informação Fiscal, foi calculada na forma disposta no art. 87, inciso V, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n^º 6.284/97, conforme demonstrativos às fls. 28 a 35 dos autos.

O sujeito passivo se defende sob a alegação de que as mercadorias de fato ingressaram em seu estabelecimento a título de demonstração (CFOP 2912), é o que se observa da leitura do livro Registro de Entrada (LRE) acostado aos autos em meio magnético (CD) - arquivo.TXT - pelo próprio defensor à fl. 74 dos autos, porém diz que essas mercadorias nunca foram comercializadas, o que, à luz do seu entendimento, afasta a incidência do imposto.

Sobre operações relativas a mercadorias em demonstração dispõe o art. 599, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n^º 6.284/97 que é suspensa a incidência do ICMS nas saídas de mercadorias, bem como nos subseqüentes retornos reais ou simbólicos ao estabelecimento de origem. Porém essa suspensão é condicionada que as mercadorias retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 60 dias, contados da data da saída (§ 2º), se nesse prazo não for realizado o retorno da mercadoria, que é o caso objeto em análise, considera-se encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto (§ 3º).

Logo, os fiscais autuantes, assertivamente, identificando de que se trata de entrada de mercadoria destinada ao ativo fixo do sujeito passivo, e essas mercadorias originárias de outras unidades da Federação não retornaram ao estabelecimento de origem, aplicaram as disposições do inciso I, do art. 5º, do citado dispositivo legal que estabelece a ocorrência do fato gerador do ICMS, relativo a DIFAL, de entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados ao ativo permanente do próprio estabelecimento. Infração caracterizada.

A infração 3 decorre da infração 2, exige estorno do crédito decorrentes de Notas Fiscais escrituradas com o CFOP 2912 – Entrada de Mercadoria ou Bem para Demonstração, cujo retorno ao remetente não foi comprovado. Como essas mercadorias foram caracterizadas como destinadas ao ativo fixo do sujeito passivo, o crédito não poderia ter sido utilizado integralmente em apenas uma parcela, como bem afirmam os autuantes na informação Fiscal, mas sim de acordo com a legislação relativa a crédito de Ativo Permanente com registro no livro CIAP na proporção de 1/48 avos.

Há de se ressaltar, que diferentemente do quanto afirmado na defesa da infração 2, que deu origem a infração 3, objeto em análise, o sujeito passivo agora alega que todas as mercadorias recebidas em demonstração foram devolvidas, onde diz comprovar com os registros constantes

nos livros de entradas e saídas dos meses de setembro a dezembro de 2010, período que acoberta os fatos geradores da autuação, conforme o CD que acosta à fl. 74 dos autos. Compulsando os arquivos constantes do CD, vê-se livro de Registro de Apuração de ICMS (P9092010.txt., P9102010.txt., P9112010.txt., P9122010.txt.) e livro Registro de Entrada (P192010.txt., P1102010.txt., P1112010.txt., P1122010.txt.). Não se vê no CD nenhum livro Registro de Saída. Mais ainda, verificando os livros Registro de Entrada de fato se comprova vários lançamento com CFOP 2912 – *Entrada de Mercadoria ou Bem para Demonstração* - que aliás não é negado pelo sujeito passivo, na verdade o sujeito passivo diz que essas mercadorias foram devolvidas, porém não comprova as suas devoluções.

O fato é que o art. 97, inciso XII, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 veda ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, quando se tratar de entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, ocorridas a partir de 1º/1/2001 (Lei nº 7710/00). O uso do crédito do imposto oriundo de operações de aquisição ou entrada, real ou simbólica de bens destinados ao ativo imobilizado, inclusive o imposto pago por diferença de alíquota na forma cobrada da infração 2, é autorizado na legislação baiana, através do livro CIAP, na proporção de 1/48 avos, que não foi o que ocorreu na situação em análise. Isto posto, tratando-se de entrada de bens destinados ao ativo permanente, não é vedado o uso do crédito pela legislação baiana, contanto que o uso do crédito seja na proporção de 1/48 avos, respeitando as condições regulamentares de seu uso, o que não ocorreu no caso em análise. Infração caracterizada.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar procedente em parte a infração 1 nos valores indicados pelos autuantes no novo demonstrativo à fl. 80 dos autos; e totalmente procedente as infrações 2 e 3 pelos argumentos acima descritos, devendo ser homologados os valores recolhidos com os benefícios da Lei nº 12.903/13.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269135.0015/12-3, lavrado contra **TIM CELULAR S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$265.771,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos com os benefícios da Lei nº 12.903/13.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2014.

ALVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA