

A. I. Nº - 297248.0006/14-3
AUTUADO - ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA.
AUTUANTE - MARLON ANTÔNIO LIMA RÉGIS
ORIGEM - INFRAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 02. 03. 2015

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0010-01/15

EMENTA: ICMS: 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Incabível parte da exigência fiscal por não se tratar de aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme a acusação fiscal, mas sim de remessa de bens condicionada a retorno ao estabelecimento de origem. Cabível a exigência quanto às notas fiscais que, efetivamente, dizem respeito à aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Infração reconhecida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Autuado reconheceu parte substancial do valor do ICMS exigido. Quanto à parte impugnada apresentou argumentos que, de fato, permitem concluir que as mercadorias adquiridas tiveram a destinação de insumos na prestação de serviço de competência municipal – ISS – descabendo o pagamento do imposto exigido neste item da autuação. Infração parcialmente subsistente. 4. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Tratando-se o destinatário das mercadorias enviadas a título de “Remessa para Empréstimo” contribuinte do ICMS - como é o caso de uma empresa siderúrgica - a este caberia adotar os procedimentos legais no sentido de devolver as mercadorias recebidas. Ou seja, deveria ter emitido os documentos fiscais próprios no intuito de comprovar o retorno. No presente caso, isso não ocorreu. O próprio emitente das notas fiscais de remessa – autuado – foi quem emitiu as notas fiscais de retorno. Autuado não trouxe aos autos elementos de provas hábeis capazes de confirmar o retorno. Quanto à nota fiscal emitida pelo remetente estabelecido no Estado de São Paulo descabe a exigência fiscal, haja vista que, diferentemente das outras notas fiscais arroladas neste item da autuação, a entrada no estabelecimento autuado restou comprovada. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Os elementos de

provas acostados aos autos pela Fiscalização deixam claro o cometimento da irregularidade imputada ao autuado. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$145.693,37, em decorrência do cometimento seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de maio, setembro, outubro e dezembro de 2010, março a junho e agosto de 2011, março, abril, julho e agosto de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$49.602,46, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto, no mês de janeiro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.520,00, acrescido da multa de 60%. Consta se referir à entrada por motivo de empréstimo. Retorno não debitado;
3. Efetuou o recolhimento do ICMS a menos por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88, nos meses de fevereiro e abril de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$10.822,27, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a mercadorias sujeitas ao regime da substituição ou antecipação tributária. Protocolo ICMS 104/09 BA-SP;
4. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro de 2011 e novembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$82.048,64, acrescido da multa de 60%. Consta se referir às transferências de ativos e remessas para empréstimo. Inexistência de contrato de locação ou comodato. Sem retorno no prazo legal;
5. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) nos meses de abril, agosto, outubro a dezembro de 2012, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$700,00.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 211 a 220) consignando que se dedica, com habitualidade, aos serviços de manutenção e reparação de máquinas e equipamentos para usos industriais (DOC. 01), conforme comprova a relação de Notas Fiscais de Prestação de Serviços (DOC. 03) emitidas ao longo do período a que se refere o Auto de Infração, evidenciando a sua sujeição à sistemática do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Salienta que, não obstante, eventualmente, pode ocorrer o fornecimento de mercadorias, partes, peças, sobressalentes, etc., por isso, não descuida do cumprimento das obrigações inerentes ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

Aduz que, por tal motivo, foi surpreendido pela ação fiscal em questão, por meio da qual o autuante, responsável pela lavratura do Auto de Infração em lide, houve por bem sustentar que se teria deixado de recolher o ICMS, inclusive aquele devido por substituição tributária ou por antecipação, bem como que se teria falhado no cumprimento de determinada obrigação acessória.

Assinala que, por não concordar no mais das vezes com a interpretação jurídica dada aos fatos pela Fiscalização, e por entender que cumpriu estritamente a legislação em vigor, a autuação é improcedente.

Preliminarmente, menciona que, em relação à infração 02, a qual reputa procedente, e exclusivamente à Nota Fiscal nº 58460, que compõe a infração 03, para a qual não localizou a respectiva documentação que pudesse dar suporte à defesa, procedeu ao pagamento dentro do prazo de 30 dias da ciência do Auto de Infração (DOC. 04).

Diz que, assim sendo, em relação às parcelas reconhecidas do Auto de Infração, requer, desde já, o reconhecimento quanto à extinção do crédito tributário, nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN.

Observa que, em relação à parte restante do Auto de Infração, que reputa improcedente, abarcando a defesa a integralidade das infrações 01, 04 e 05 e, parcialmente, a infração 03, que devem ser canceladas.

No que tange à infração 01, afirma que é improcedente. Observa que é acusado de ter deixado de pagar o ICMS referente à diferença de alíquotas, devido nas operações interestaduais entre contribuintes do ICMS. Acrescenta que a acusação fiscal se reporta às Notas Fiscais constantes da “Planilha 1” que compõe o Auto de Infração.

Assinala que, como se vê da amostragem desses documentos fiscais (DOC. 05), eles não admitem a exigência do ICMS-DIFAL, dado que se referem a bens do seu ativo imobilizado, recebidos em transferência de outro estabelecimento da empresa.

Sustenta que, nesses casos, não há incidência do ICMS e, por conseguinte do ICMS-DIFAL, consoante determina o artigo 7º do Regulamento do ICMS deste Estado então vigente, cuja redação reproduz. Ressalta que o comando do referido dispositivo regulamentar apenas reflete aquele constante do artigo 3º, §1º da Lei nº 7.014/1996.

Diz que, dessa forma, é preciso reconhecer que as operações constantes da citada “planilha 1”, simplesmente não admitem a cobrança do ICMS-DIFAL, haja vista que as operações interestaduais foram amparadas pela não incidência do ICMS.

Ressalta que, mesmo nos poucos casos em que houve a incidência do ICMS na operação interestadual, ainda assim, é preciso reconhecer que não há incidência do ICMS-DIFAL.

Aduz que este reconhecimento decorre do fato de que os bens em questão compõem o seu ativo imobilizado, que é voltado para viabilizar a prestação de serviços sujeitos ao ISSQN a que se dedica (DOC. 03). Acrescenta que, como se sabe, também nesses casos o ICMS-DIFAL não é devido, consoante o inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei nº 7.014/1996, que está refletido no inciso I do artigo 7º do Regulamento do ICMS então vigente para a maior parte das operações objeto da autuação.

Assevera que a única exceção quanto ao que alega diz respeito à Nota Fiscal nº 2196 que compõe a infração 01, pois, neste caso, se trata de um dos raros casos de mercadorias que são adquiridas para revenda que, efetivamente, foram revendidas conforme se vê das inclusas Notas Fiscais nº 177 e 144, de sua emissão(DOC.08).

Observa que em se tratando de mercadorias revendidas o ICMS incide na operação subsequente, razão pela qual não há que se falar no pagamento do ICMS-DIFAL, sendo mesmo neste caso excepcional a exigência indevida.

Conclui dizendo que este item da autuação deve ser integralmente cancelado.

No que tange à infração 03, afirma que a exigência remanescente não procede, pois tendo ocorrido o destaque do ICMS-ST, fosse qualquer diferença devida, questiona se seria contribuinte substituído com a responsabilidade pela exigência em questão. Diz que, entretanto, nem sequer o ICMS-ST é devido, restando evidente que este item deve, de pronto, se cancelado.

Aduz que, a exemplo do que ocorre com as Notas Fiscais que compõem a discussão travada no tópico anterior, é preciso consignar que as mercadorias descritas nas Notas Fiscais nº 9979 e 11970 (DOC. 06) foram destinadas à utilização na prestação de serviços sujeitos ao ISSQN a que se dedica (DOC. 03), desse modo, não há que se falar na exigência do ICMS-ST, nos termos do artigo 355 do RICMS/BA/97, cujo texto reproduz.

Afirma que o ICMS-ST destacado nos aludidos documentos fiscais, sequer deveria ter sido lançado, portanto, pelos mesmos motivos, não há que se falar em qualquer complemento que seja devido, como quer fazer crer o Fisco por meio da “Planilha 04” que compõem o Auto de Infração.

Conclui que, diante disso, e considerando o pagamento efetuado relativamente à Nota Fiscal nº 58460, há que se decretar o cancelamento integral deste item da autuação.

No respeitante à infração 04, assevera que é improcedente.

Diz que em relação às Notas Fiscais nº 80, 81, 82 e 83, as mercadorias retornaram sim ao estabelecimento, inclusive dentro prazo legal, consoante demonstram as Notas Fiscais de Entrada de nº 84, 85, 86 e 87 (DOC. 07) que anexa aos autos. Acrescenta que, em relação à Nota Fiscal nº 033 (DOC. 08), além do bem ter retornado pela Nota Fiscal nº 997 que faz parte da infração 01, diz respeito à transferência de bem do ativo permanente a outro estabelecimento da própria empresa e, consequentemente, não sofreria incidência do ICMS nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do RICMS/BA/97.

Diz que, em se tratando de bem do seu ativo permanente que é realocado em outro de seus estabelecimentos, é preciso reconhecer que o bem não perde tal condição de “bem”, o que repele a incidência do ICMS. Invoca e reproduz, nesse sentido, a Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça.

Conclui que este item da autuação também deve ser cancelado.

Relativamente à infração 05, observa que é acusado de não ter indicado em DMA determinadas operações de importação listadas na “Planilha 06”. Diz que a presunção nasceu em razão de se ter identificado determinados recolhimentos de ICMS. Afirma que isto por si só não comprova a prática das operações de importação que, inclusive, não foram identificadas pelo Fisco.

Assevera que seria necessário que o Fisco indicasse qual operação de importação se refere, indicando a correspondente Declaração de Importação.

Conclui que sem essa prova a acusação não se sustenta e deve ser cancelada.

Finaliza a peça defensiva requerendo o cancelamento do Auto de Infração: diante (i) do pagamento realizado com relação à Infração 2 e exclusivamente à Nota Fiscal nº 58460, que compõe a Infração 3, tendo em vista a extinção do crédito tributário, nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN e (ii) da manifesta improcedência das supostas Infrações de nºs 1, 4 e 5 e, parcialmente, a Infração 3, conforme amplamente comprovado acima.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 375 a 377) consignando que o autuado tem por objeto, também, a comercialização, revenda, e distribuição de produtos e serviços, conforme consta à fl. 10 dos autos.

Diz que, desse modo, está sujeito à incidência do ICMS ao fornecer peças, equipamentos e instrumentos junto à prestação de serviço de manutenção, reparo, montagem e recondicionamento, nos termos constitucionais e da Lei 7.014/96.

Reporta-se sobre a alegação defensiva atinente à infração 01, afirmando que o autuado incorreu em infração à legislação do ICMS ao deixar de recolher o imposto relativo à diferença de alíquotas interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo immobilizado do próprio estabelecimento.

Ressalta que o autuado de forma contraditória reconhece que as operações acobertadas pelos documentos relacionados na Planilha 01 (fl. 21) se referem a mercadorias destinadas ao ativo

imobilizado, ao declarar que "se referem a bens do ativo imobilizado da Autuada, recebidos em transferência de outro estabelecimento da autuada", fl. 215.

Observa que, se são destinados o ativo fixo, não podem ser considerados "insumos" nos termos do artigo 7º do RICMS/97, cuja redação transcreve.

Aduz que insumo é todo e qualquer tipo de material utilizado para a produção de um determinado tipo de produto ou serviço, mas que não, necessariamente, faça parte dele. Nesse sentido, invoca e reproduz parcialmente acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia, assim como o pronunciamento técnico CPC 27, aprovado pela deliberação CVM 583/09 e tornado obrigatório pela resolução do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) 1.177/09.

Diz que, desse modo, as operações de entradas relacionadas na planilha 01(f. 21) se referem a equipamentos, sensores, instrumentos e aparelhos que fazem parte do ativo imobilizado, não sofrendo qualquer desgaste ou consumo na prestação dos serviços de manutenção, não podendo ser classificadas como "insumos".

Salienta que a posterior saída desses bens, desde que tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento por mais de um ano, antes da desincorporação, estará isenta.

Conclui que, desse modo, deve ser julgada procedente a infração 01.

No que tange à infração 02, diz que o autuado reconhece como procedente.

Quanto à infração 03, observa que o autuado reconhece a procedência parcial em relação à Nota Fiscal nº 58460, contudo, contraditoriamente, afirma que não pode ser considerado responsável solidário por se tratar de mercadoria isenta nos demais casos. Acrescenta que, todavia, as operações relacionadas na planilha 04 (fl. 24) se referem a mercadorias do ativo imobilizado e não a insumos, conforme demonstrado anteriormente na infração 01.

Relativamente à infração 04, consigna que se refere à transferência de ativos e remessas para empréstimo, inexistindo contrato de locação ou comodato e sem retorno no prazo legal.

Assinala que o art. 6º, inciso XIV, do RICMS/BA/97 isenta a saída ou fornecimento de bem de uso em decorrência de contrato de comodato (empréstimo), locação ou arrendamento mercantil ("leasing"), bem como o respectivo retorno (art. 563).

Frisa que o autuado informa às fls. 59/ 60 dos autos, a inexistência de contratos de comodato ou empréstimos tratados com os destinatários das mercadorias.

Aduz que, por outro lado, ao contrário do que afirma o autuado às fls. 218/219, houve simulação de devolução de tais equipamentos. Ressalta que as Notas Fiscais de retorno foram emitidas pelo próprio autuado, quando deveriam ter sido emitidas pelos destinatários/comodatários, que se encontram em outro Estado.

No tocante à infração 05, afirma que ao contrário do alegado pelo autuado à fl. 219 dos autos, este apresentou declarações inexatas nas DMAs, conforme relatório da própria SEFAZ/BA de fl. 28 dos autos.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

Consta às fls. 379 a 381 extrato do SIGAT referente ao pagamento do valor do débito reconhecido.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconheceu integralmente a infração 02 e, parcialmente, a infração 03. Impugnou integralmente as infrações 01, 04 e 05 e, parcialmente, a infração 03.

No que tange à infração 01, verifico que o autuado alega que é improcedente sob o fundamento de que as Notas Fiscais constantes da "Planilha 1" que compõe o Auto de Infração, não admitem a

exigência do “ICMS-DIFAL”, haja vista que se referem a bens do seu ativo imobilizado, recebidos em transferência de outro estabelecimento da empresa, portanto, inexistindo incidência do ICMS, consoante o artigo 7º do RICMS/BA/97, e artigo 3º, §1º da Lei nº 7.014/1996.

Diz que, dessa forma, é preciso reconhecer que as operações constantes da citada “planilha 1”, simplesmente não admitem a cobrança do ICMS-DIFAL, haja vista que as operações interestaduais foram amparadas pela não incidência do ICMS.

Ressalta que, mesmo nos poucos casos em que houve a incidência do ICMS na operação interestadual, ainda assim, é preciso reconhecer que não há incidência do ICMS-DIFAL.

Assevera que a única exceção quanto ao que alega diz respeito à Nota Fiscal nº 2196 que compõe a infração 01, pois, neste caso, se trata de um dos raros casos de mercadorias que são adquiridas para revenda que, efetivamente, foram revendidas conforme se vê das inclusas Notas Fiscais nº 177 e 144, de sua emissão(DOC. 08).

De início, verifico que este item da autuação é composto por dezesseis notas fiscais, conforme Planilha 01 (fl. 21).

Dentre as referidas notas fiscais constato que nove, no caso as Notas Fiscais nºs 409 (fl.91); 592 (fl. 88); 372 (fl. 94); 997 (fl. 121); 5412 (fl. 125); 5800 (fl. 130); 8570 (fl. 142) 43.683 (fl. 161) e 2196 (fl. 165), dizem respeito à remessa de bens do seu ativo imobilizado com destino ao estabelecimento autuado, realizada pelo estabelecimento da empresa Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., localizado no Estado de São Paulo.

As demais notas fiscais - sete – no caso as Notas Fiscais nºs 16.028 (fl. 100); 23.790 (fl. 111); 94.870 (fl. 1116); 5917 (fl. 134); 13.634 (fl. 147); 173.331 (fl. 151); 220 (fl. 138) foram emitidas por outros fornecedores e dizem respeito a operações cuja natureza é venda.

No que tange às notas fiscais de remessa, verifico que o emitente Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. não efetuou o destaque do ICMS – à exceção da Nota Fiscal nº.2196, que será objeto de análise específica - tendo fundamentado a desoneração no art. 7º, IX e XIV, do Decreto nº. 45.490/2000 – Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo – que assim dispõe:

Art. 7º - O imposto não incide sobre (Lei Complementar federal 87/96, art. 3º, Lei nº 6.374/89, art. 4º, na redação da Lei nº 10.619/00, art. 1º, III; Convênios ICM-12/75, ICMS-37/90, ICMS-124/93, cláusula primeira, V, 1, e ICMS-113/96, cláusula primeira, parágrafo único):

(...)

IX - a saída de máquinas, equipamentos, ferramentas ou objetos de uso do contribuinte, bem como de suas partes e peças, com destino a outro estabelecimento para lubrificação, limpeza, revisão, conserto, restauração ou recondicionamento ou em razão de empréstimo ou locação, desde que os referidos bens voltem ao estabelecimento de origem;

(...)

XIV - na utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto;

Observo que nos referidos documentos fiscais consta no campo “Informações adicionais do produto” se tratar de bem do ativo imobilizado enviado para utilização devendo retornar.

Por certo que, tendo as saídas dos bens ocorridas no Estado de São Paulo, caso a operação fosse tributada caberia o destaque do ICMS no documento fiscal e, consequentemente, a apuração e recolhimento do imposto apurado. Ao Estado de destino caberia o ICMS referente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Ocorre que, no que diz respeito às remessas de bens condicionadas aos retornos, somente se não restasse comprovado o retorno dos referidos bens é que caberia a exigência do imposto. No caso a exigência fiscal não seria atinente ao ICMS referente à diferença de alíquotas, conforme este item da autuação, mas sim pela falta de retorno dos bens.

Desse modo, descabe a exigência fiscal quanto às Notas Fiscais nºs 409 (fl. 91); 592 (fl. 88); 372 (fl. 94); 997 (fl. 121); 5412 (fl. 125); 5800 (fl. 130); 8570 (fl. 142) 43.683 (fl. 161), por não se tratar de

aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme a acusação fiscal, mas sim de remessa de bens condicionada a retorno ao estabelecimento de origem.

Quanto à Nota Fiscal nº 2196 (fl. 165) entendo que assiste razão ao autuado quando alega que se trata de mercadorias adquiridas para revenda, haja vista que, apesar de ter sido emitida em 16/08/2012 enquanto as Notas Fiscais nºs 177 e 144 foram emitidas em 23 e 26/03/2014, respectivamente, referidos documentos fiscais dizem respeito à mesma espécie de mercadorias vendidas pelo autuado. Ou seja, a acusação fiscal de que se trata de ... *mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento*, não restou comprovada, haja vista que as mercadorias também foram objeto de comercialização – venda - pelo autuado.

Diante disso, descabe a exigência quanto à Nota Fiscal nº 2196 (fl. 165).

Relativamente às Notas Fiscais nºs 16.028 (fl. 100); 23.790 (fl. 111); 94.870 (fl. 116); 5917 (fl. 134); 13.634 (fl. 147); 173.331 (fl. 151); 220 (fl. 138) foram emitidas por outros fornecedores e dizem respeito a operações cuja natureza da operação é venda de mercadoria adquirida/recebida de terceiro, portanto, sendo cabível a exigência do ICMS atinente à diferença de alíquotas, conforme a autuação.

Cabe observar que, apesar de a Nota Fiscal nº 220, com data de emissão de 19/12/2011, constar na Planilha 1, fl. 21 dos autos, com ICMS devido referente à diferença de alíquotas no valor de R\$800,85, este valor não se encontra descrito no Auto de Infração, não podendo, desse modo, compor o débito exigido na autuação, em respeito ao devido processo legal e direito de ampla defesa.

Diante do exposto, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$11.969,66, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

| Data de Ocorrência | ICMS devido (R\$) |
|--------------------|-------------------|
| 30/10/2010 | 4.276,24 |
| 31/12/2010 | 1.815,00 |
| 31/03/2011 | 1.144,50 |
| 30/08/2011 | 1.098,01 |
| 31/03/2012 | 745,91 |
| 30/04/2012 | 2.890,00 |
| TOTAL | 11.969,66 |

Quanto à infração 03, observo que na Planilha 4 (fl. 24 dos autos) se encontra descrita três notas fiscais, no caso as Notas Fiscais nºs 9979 (fl. 170), 11970 (fl. 175) e 58460 (fl. 180), sendo o ICMS total exigido neste item da autuação no valor de R\$10.822,27.

Verifico que o autuado reconheceu como devido o valor do ICMS exigido de R\$10.415,95, referente à Nota Fiscal nº 58.460, e consignou o seu inconformismo quanto à exigência fiscal atinente aos valores exigidos de R\$332,05 e R\$74,72, referentes às Notas Fiscais nºs 9979 e 11.970, respectivamente.

Alega o autuado que as mercadorias descritas nas Notas Fiscais nº 9979 e 11970 foram destinadas à utilização na prestação de serviços sujeitos ao ISSQN a que se dedica, desse modo, não há que se falar na exigência do ICMS-ST, nos termos do artigo 355 do RICMS/BA/97.

Afirma que o ICMS-ST destacado nos aludidos documentos fiscais, sequer deveria ter sido lançado, portanto, pelos mesmos motivos, não há que se falar em qualquer complemento que seja devido, como quer fazer crer o Fisco por meio da “Planilha 04” que compõem o Auto de Infração.

Considero que assiste razão ao autuado, haja vista que se tratando de mercadorias adquiridas na condição de insumo na prestação de serviço sujeito ao imposto de competência municipal – ISS – descabe falar-se em retenção ou antecipação do ICMS substituição tributária, conforme estabelece o art. 355 do RICMS/BA/97 aduzido pelo impugnante.

A meu ver, no presente caso, o autuado tem em seu favor dois aspectos: o primeiro é que a Fiscalização não trouxe elementos hábeis de provas capazes de infirmar a alegação defensiva de que se trata de mercadorias adquiridas para utilização na prestação de serviços; o segundo é que houve o reconhecimento de praticamente mais de 96% do valor do débito exigido, ou seja, o autuado reconheceu como devido o valor de ICMS exigido de R\$10.415,95 e impugnou o valor de R\$406, 77 referente às Notas Fiscais nºs 9979 e 11.970, não sendo razoável que, apenas no intuito protelatório, tenha apresentado impugnação. No caso, apresenta-se muito mais razoável reconhecer-se que as mercadorias foram destinadas à utilização na prestação de serviço, conforme alegado pelo impugnante.

Diante disso, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$10.415,95.

No respeitante à infração 04, verifico que diz respeito a seis notas fiscais emitidas pelo autuado a título de empréstimo de mercadorias, no caso as Notas Fiscais nºs 33 (fl. 185), 80 (fl. 189), 81 (fl. 193), 82 (fl. 197) e 83 (fl. 201), conforme Planilha 5 (fl. 25 dos autos).

Observo que o autuado sustenta que a autuação é improcedente, afirmando que em relação às Notas Fiscais nºs 80, 81, 82 e 83, as mercadorias retornaram ao seu estabelecimento, inclusive dentro prazo legal, conforme as Notas Fiscais de Entrada de nºs 84, 85, 86 e 87. Quanto à Nota Fiscal nº 033, afirma que além de o bem ter retornado através da Nota Fiscal nº. 997 que faz parte da infração 01, diz respeito à transferência de bem do ativo permanente a outro estabelecimento da própria empresa e, consequentemente, não sofreria incidência do ICMS nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do RICMS/BA/97.

Verifico também que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que a infração se refere à transferência de ativos e remessas por empréstimo, inexistindo contrato de locação ou comodato e sem retorno no prazo legal.

Assinala que o art. 6º, inciso XIV, do RICMS/BA/97 isenta a saída ou fornecimento de bem de uso em decorrência de contrato de comodato (emprestimo), locação ou arrendamento mercantil "leasing"), bem como o respectivo retorno (art. 563).

Frisa que o autuado informa às fls. 59/ 60 dos autos, a inexistência de contratos de comodato ou empréstimos tratados com os destinatários das mercadorias.

Aduz que, por outro lado, ao contrário do que afirma o autuado, houve simulação de devolução de tais equipamentos. Ressalta que as Notas Fiscais de retorno foram emitidas pelo próprio autuado, quando deveriam ter sido emitidas pelos destinatários/comodatários, que se encontram em outro Estado.

No caso deste item da autuação, após análise dos documentos fiscais acima referidos, concluo que assiste razão ao autuante, no que diz respeito a exigência referente às Notas Fiscais nºs 80, 81, 82 e 83.

Isso porque as Notas Fiscais nºs 80, 81, 82 e 83 foram emitidas pelo autuado, constando como “Natureza da Operação – Remessa para Empréstimo”, tendo como destinatário Thyssenkrupp CSA Siderúrgica do Atlântico Ltda., CNPJ nº 07.005.330.0001-19 e Inscrição Estadual nº 77863508, localizada no município do Rio de Janeiro/RJ.

Por certo, tratando-se o destinatário das mercadorias enviadas a título de “Remessa para Empréstimo” contribuinte do ICMS - como é o caso de uma empresa siderúrgica - a este caberia adotar os procedimentos legais no sentido de devolver as mercadorias recebidas. Ou seja, deveria ter emitido os documentos fiscais próprios no intuito de comprovar a devolução.

Ocorre que, no presente caso, isso não ocorreu. O próprio emitente das notas fiscais de remessa – autuado – foi quem emitiu as notas fiscais de retorno, no caso as Notas Fiscais de Entrada nºs 33, 84, 85, 86 e 87.

Poder-se-ia até argumentar que a emissão das notas fiscais de entrada pelo próprio autuado, afastaria a exigência fiscal por descumprimento de obrigação principal, conforme é o caso desta infração. Entretanto, isso somente poderia ser questionado se a devolução, de fato, restasse comprovada, o que não ocorreu no caso em exame.

Observo que o autuado simplesmente emitiu as Notas Fiscais de Entrada nºs 84, 85, 86 e 87 consignando como “Natureza da Operação – Retorno de Empréstimo –”, contudo, inexiste qualquer explicação sobre a razão pela qual o contribuinte destinatário das mercadorias – siderúrgica - não emitiu as notas fiscais de devolução.

Além disso, inexiste qualquer elemento hábil de prova capaz de permitir afirmar-se que o retorno tenha, efetivamente, ocorrido.

Noto que o autuante ainda na ação fiscal, ou seja, antes da lavratura do Auto de Infração, manteve contato com prepostos da empresa, visando obter esclarecimentos e documentos que legitimassem as operações, contudo - conforme consigna na Informação Fiscal - os prepostos da empresa informaram (fls. 59/ 60 dos autos) inexistir contratos de comodato ou empréstimos tratados com o destinatário – siderúrgica - das mercadorias.

Diante disso, no que tange às Notas Fiscais nºs 80, 81, 82 e 83 a autuação se apresenta correta.

Porém, no que tange à Nota Fiscal nº 33, concluo que descabe a exigência, haja vista que, diferentemente das outras notas fiscais arroladas neste item da autuação, a Nota Fiscal nº 997 foi emitida pelo estabelecimento da empresa Alstom Brasil Ltda. localizado no município de São Paulo/SP, sendo possível verificar-se que ambas as notas fiscais - 33 e 997 – dizem respeito ao mesmo produto, conforme consta no campo “Dados dos Produtos e Serviços”.

Relevante o registro feito pelo autuado no sentido de que a Nota Fiscal nº 997 foi objeto da infração 01, que diz respeito à exigência de ICMS referente à diferença de alíquotas de mercadorias que adentraram no estabelecimento destinadas ao ativo fixo.

Diante do exposto, esta infração é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$72.448,64.

Relativamente à infração 05, constato que o autuado, de fato, apresentou declarações inexatas nas DMAs (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), conforme divergências apontadas pelo autuante constante da Planilha 6, fl. 26 dos autos, referentes ao ICMS devido nas operações de importação não declarado nas DMAs.

Desse modo, esta infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 297248.0006/14-3, lavrado contra **ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$97.354,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a,” “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais, além da multa por

descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$700,00**, prevista no art. 42, XVIII, “c”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº. 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR