

A.I. Nº - 2691940058/15-7  
AUTUADO - BRASKEM S.A.  
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO  
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06.06.2016

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0064-02/16**

**EMENTA: ICMS.** DEIXOU DE RECOLHER O IMPOSTO POR REALIZAR OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Cobrança referente a saídas de material de uso e consumo e bens do ativo. Não ficou comprovado o tempo de uso dos bens objeto de saídas em retorno de comodato, de remessa para conserto e de transferências para outros estabelecimentos da mesma empresa a fim de poder caracterizar a possibilidade de alguma tributação. A incidência de ICMS nas saídas de bens do ativo não ficou comprovada. Auto de infração

**PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O auto de infração em lide, lavrado em 05/03/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 534.678,10, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por realizar operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, (código de infração 02.01.03), nos meses de janeiro a dezembro de 2010, nos meses de janeiro a junho de 2011 e no mês de setembro de 2011, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado informa que não há previsão na legislação baiana do ICMS de dispensa de exigência de recolhimento do imposto para os casos do auto, que são: saídas em comodato ou locação; transferências interestaduais de bens do ativo fixo ou materiais de uso ou consumo sem tributação; vendas internas sem tributação; remessas internas e interestaduais para conserto sem comprovação do necessário retorno; outras saídas com CFOP 5949 e 6949 não tributadas.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 20 a 33, informando que reconhece parte da infração e que já tomou as providências para extinção desses créditos tributários. Apresenta requerimento solicitando utilização de créditos fiscais acumulados para quitação do valor de R\$ 423.327,55 conforme documento às fls. 53 a 55.

Em relação às saídas realizadas com CFOP 5909, informa que se referem a saídas em retorno de bem recebido por força de contrato de comodato. Assim, entende que não há porque se falar em tributação, pois não há transferência de titularidade nem circulação jurídica de mercadoria. Desta forma, entende que não deve ser exigido imposto em relação à nota fiscal nº 9969, no valor histórico de R\$ 17.595,41.

Em relação às transferências interestaduais de bens do ativo, o autuado cita juristas para concluir que o fato gerador do ICMS está na circulação jurídica da mercadoria, que pressupõe a efetiva mudança de sua titularidade. Bens transferidos de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte não transforma o bem em mercadoria pois não ocorre lucro neste fato. Não houve destinação comercial, venda ou revenda. Assim, sugere que sejam retiradas do demonstrativo as notas fiscais classificadas com CFOP 6552.

Sobre a exigência de ICMS nas saídas de bens para conserto sem o devido retorno, o autuado afasta a ocorrência da infração apontada apresentando documentos às fls. 57 a 70, contendo

demonstrativo visando correlacionar as notas fiscais de remessas, objeto do auto, às notas fiscais de retorno, e anexando suas cópias.

O autuado conclui requerendo que o auto seja julgado parcialmente procedente, retirando os débitos reclamados que dizem respeito aos eventos ora impugnados. Por fim, requer a juntada posterior de documento e a realização de diligências para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados.

O autuante, em contrapartida, alega das fls. 74 a 77 que não aceita os argumentos da defesa em relação às saídas em retorno de bem recebido em comodato se o autuado não apresentar a nota fiscal referente à entrada do bem e o respectivo contrato de comodato.

Quanto às transferências interestaduais de bens do ativo, o autuante confirma a incidência do imposto, citando o inciso I do art. 2º e a alínea "a" do inciso I do art. 27, ambos do RICMS/97. No primeiro dispositivo, consta como hipótese de fato gerador as saídas de mercadorias em transferência de um estabelecimento para outro do mesmo titular. No segundo dispositivo citado, apresenta regramento que concede isenção do ICMS nas saídas internas em transferência de bens do ativo. O que, no seu entender, leva à conclusão, *a contrario sensu*, que as transferências interestaduais são tributadas.

O autuante reconhece as alegações da defesa em relação às notas fiscais de retorno de bens apresentadas, afastando a incidência inicialmente apontada no auto de infração nas notas fiscais de nº 11.216, 15.059, 19.399, 19.723, 20.983, 22.108, 22.203, 22.592, 23.033 e 23.590. Na nota fiscal de nº 12.025 constata que houve a comprovação do retorno de bens no valor de R\$ 3.600,00 restando a comprovação do retorno de bens no valor de R\$ 5.500,00. O autuante refez o demonstrativo de débito anexo às fls. 78 a 81 sem, contudo, apresentar a nova totalização decorrente das retificações.

O autuado apresentou comunicação à fl. 86 para indicar a mudança de endereço dos representantes legais.

Em sessão de julgamento ocorrida dia 08/10/2015, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência à inspetoria de origem para que o autuado tomasse conhecimento do novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, conforme documentos das fls. 74 a 81, e apresentasse documentação comprobatória do tempo de uso dos bens objeto da presente lide ainda em discussão (fl. 92).

Em cumprimento à diligência, o autuado apresentou manifestação das fls. 99 a 110, reiterando que não há que se falar em prática de operações tributadas como não tributadas, tendo em vista que as operações de saída de mercadorias objeto da autuação tratam-se de verdadeiras operações não tributadas, a saber: saídas em comodato (CFOP 5909), transferências interestaduais de bens do ativo fixo sem tributação (CFOP 6552), e remessas internas (CFOP 5915) e interestaduais (CFOP 6915) para conserto.

Cita a alínea "a" do inciso XIV do art. 6º do RICMS/97 que prevê a não incidência do ICMS nas saídas e nos retornos de bens em decorrência de contrato de comodato. Assim, requer a retirada da exigência de tributo em relação à nota fiscal nº 9.969, anexo à fl. 124, por referir-se a retorno de bem recebido por conta de contrato de comodato através da NF nº 2534 de 06/11/2008.

Quanto à transferência de bens do ativo, entende o autuado que não configura uma operação relativa à circulação de mercadoria, pois não existe negócio jurídico na circulação de bens e mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa. Deste modo, requer a retirada do imposto reclamado referente às notas fiscais classificadas pelo CFOP 6552.

Em relação à cobrança de imposto em razão da falta de retorno de bens destinados a conserto, o autuado anui a redução do valor cobrado pelo autuante depois de verificado os documentos

apresentados, mas insiste na retirada da cobrança que resta sobre a nota fiscal nº 12.025, alegando que em breve apresentará a documentação comprobatória.

Por fim, requer ainda a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados.

O autuante prestou nova informação fiscal das fls. 127 a 129, acrescentando, em relação à cobrança na saída de bens do ativo, que supostamente refere-se a retorno decorrente de fim de contrato de comodato, que o autuado continua sem apresentar a nota fiscal nº 2.534, de 06/11/2008, comprobatória do recebimento do bem em comodato. Assim, entende o autuante que faltaram as provas necessárias para o afastamento da reclamação em lide.

Quanto às transferências interestaduais de bens do ativo, o autuante confirma que a legislação não admite a desoneração do imposto, mantendo as razões apresentadas na primeira informação fiscal.

Em relação à cobrança do ICMS em decorrência da remessa de bens para conserto sem a devida comprovação de seu retorno, o autuante diz que não tem nada a acrescentar pois o autuado não trouxe nada de novo ao processo.

Conclui mantendo a cobrança no valor definido na primeira informação fiscal.

Posteriormente, o autuado apresentou ofício às fls. 134 e 135 registrando o recebimento de intimação dia 24/11/2015, para apresentação de manifestação em relação à informação fiscal prestada pelo autuante, idêntica à recebida dia 06/11/2015. Assim, reitera os termos da manifestação, apresentada dia 18/11/2015 às fls. 99 a 110.

Em sessão de julgamento ocorrida dia 14/01/2016, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando o não cumprimento da diligência anexa à fl. 92, deliberou pela conversão do processo em diligência à inspetoria de origem para que o autuante solicitasse do autuado a documentação comprobatória do tempo de uso dos bens do ativo em seu estabelecimento. Além disso, requereu que o autuante refizesse o demonstrativo de débito para exigência de imposto apenas sobre os bens do ativo com menos de um ano de uso pelo autuado e observando a redução de base de cálculo prevista no inciso I do art. 83 do RICMS/97.

O autuado se manifestou nos autos, das fls. 177 a 179, informando que não foi possível identificar a documentação comprobatória do tempo de uso dos bens do ativo fiscalizados pois os documentos foram emitidos há mais de cinco anos e não há qualquer referência nos referidos documentos sobre o número da nota fiscal de aquisição dos mesmos. Considera iníqua a presente exigência fiscal pois está lastreada em suposição de que os bens objeto da autuação foram desincorporados com menos de um ano de uso.

O autuante apresentou nova informação fiscal das fls. 168 a 170 declarando que apresentou novo demonstrativo segregando a parte controversa da que não há mais lide. Manteve a exigência referentes às notas fiscais nº 9969 e 12025 por se referirem a material de uso e consumo. Em relação às notas fiscais de saídas de bens do ativo alterou a exigência fiscal aplicando redução de base de cálculo de 95% já que o autuado não conseguiu provar o tempo de uso dos bens. Apresentou os novos demonstrativos de débito no valor total de R\$ 443.896,63, conforme demonstrativos das fls. 171 a 174.

O autuado apresentou nova manifestação das fls. 186 a 196 reiterando os termos já apresentados em sua defesa e reiterando o protesto contra a tributação integral do bem referido na nota fiscal nº 9.969 já que trata-se de remessa de bem em retorno de contrato de comodato. Reclama também contra a cobrança sobre o bem constante na nota fiscal nº 12.025 que corresponde a remessa de bem para conserto.

## VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99. Não foi arguido pelo autuado nenhuma preliminar de nulidade do presente auto de infração.

O autuado reconheceu como devido o valor de R\$423.327,55 por ter efetuado saídas sem o correspondente destaque do imposto devido.

O remanescente da lide corresponde ao valor de R\$111.350,55 e referem-se a saídas de bens do ativo utilizado no estabelecimento do autuado, por motivo de desincorporação, por retorno em comodato ou por remessa para conserto.

Antes da discussão da procedência da cobrança em relação ao remanescente da lide, convém analisar a legislação em vigor à época dos fatos relativamente às operações com bens do ativo.

O inciso VIII do art. 3º da Lei nº 7.014/96 estabelece que não incide ICMS nas saídas de bens integrados no ativo permanente, desde que tenham sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação. Tal regramento constava também no inciso VIII do art. 6º do RICMS/97.

Em relação aos bens do ativo com menos de um ano de uso, o inciso I do art. 83 do RICMS/97 estabelecia redução de base de cálculo em qualquer saída que variava de 80 a 100%, conforme a seguir:

*Art. 83. É reduzida a base de cálculo nas saídas de máquinas, aparelhos, veículos, móveis, motores e vestuário usados, bem como nas operações decorrentes da desincorporação de bens do ativo imobilizado, calculando-se a redução em 100% do valor da operação, tratando-se de veículos, em 95%, tratando-se de máquinas e aparelhos, e de 80% nos demais casos, observando-se o seguinte (Convs. ICM 15/81):*

*I - nas saídas, por desincorporação, de bens integrados ao ativo imobilizado, no caso de a desincorporação ser feita em prazo inferior ou igual a um ano de uso do bem no próprio estabelecimento;*

Da análise desses dispositivos, chegamos à conclusão que nenhuma máquina e nenhum aparelho usado poderia ser tributado senão com uma base de cálculo reduzida em 95%. Isto se comprovado possuir menos de um ano de uso. Pois com mais de um ano já estaria alcançado pela não incidência do ICMS.

Nas planilhas iniciais apresentadas pelo autuante, observo que não foi aplicada nenhuma redução de base de cálculo na apuração do imposto a recolher nem comprovado o tempo de uso de cada bem que justificasse a cobrança com base reduzida. Por outro lado, o autuante refez o demonstrativo de débito retirando a exigência em relação a algumas notas fiscais em que entendeu haver a comprovação do retorno dos bens, dentre elas a de nº 12.025, de forma parcial.

A diligência expedida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal não surtiu efeito no quesito referente à comprovação pelo autuado do tempo de uso de cada bem em seu estabelecimento. Foi ignorado pelo autuado, como se não tivesse percebido o teor do requerido na diligência.

Uma segunda diligência foi expedida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal em que o autuado não soube informar o tempo de uso dos bens em seu estabelecimento. Por outro lado, o autuante refez novamente o demonstrativo de débito exigindo ICMS dos bens do ativo que não haviam sido retirados na primeira informação fiscal com redução de base de cálculo de 95% por força do disposto no inciso I do art. 83 do RICMS/97.

Entretanto, o autuante considerou as mercadorias constantes na nota fiscal nº 9.969 como material de uso e consumo, mantendo a exigência integral do imposto, quando na informação fiscal à fl. 75 sustentava a exigência fiscal sob a argumentação de que não havia a comprovação de que os bens citados na referida nota fiscal foram de fato objeto de comodato. A cópia da referida nota fiscal está à fl. 124 e refere-se a uma “plataforma área trab de 45 pés mod E45A”, no valor de R\$88.463,00.

Em relação à nota fiscal nº 12.025, também considerou neste último demonstrativo como material de uso e consumo, quando na informação de fl. 76 sustentava a exigência sob a argumentação de que o autuado não comprovou o retorno do bem. Não foi possível identificar a descrição do produto pois não foi anexado o referido documento fiscal.

As inconsistências apresentadas nas informações fiscais e nos demonstrativos de débitos apresentadas pelo autuante, bem como os elementos trazidos ao processo, não permite a segurança necessária para que se possa concluir que há imposto a ser cobrado em relação às notas fiscais nº 9.969, 12.025, 14.909, 18.920, 19.473, 21.214, 21.230, 21.340, 21.364, 21.365, 21.376, 21.385 e 22.696, emitidas nas saídas de bens do ativo. Não pode ser exigido imposto nas operações com bens do ativo se não ficar caracterizado que eles possuem menos de um ano de uso.

A não comprovação do tempo de uso dos bens pelo autuado também não pode servir como pretexto para cobrança do imposto com base de cálculo reduzida.

Qualquer descumprimento de obrigação acessória relativa à movimentação de bens do ativo imobilizado somente pode levar a exigência de imposto se ficar caracterizado que o bem possui menos de um ano de uso no estabelecimento do autuado.

Assim, se um bem com mais de um ano de uso for enviado para conserto, o fisco não poderá exigir imposto caso ele nunca retorne para o estabelecimento pois não há incidência do ICMS nas saídas de bem com mais de um ano de uso. Se um bem sai em retorno de comodato sem a comprovação de sua entrada não cabe a cobrança de imposto sob a alegação de que o bem não foi objeto de comodato. Se não foi retorno em comodato, era um bem integrado ao ativo. Neste caso, a cobrança somente seria devida caso a saída ocorresse com menos de um ano de uso no estabelecimento.

Da mesma forma, as transferências internas ou interestaduais de bem do ativo com mais de um ano de uso não estão no campo de incidência do ICMS. Não importa se estão sob não comprovada saída em comodato, sendo desincorporados ou enviados para conserto.

Se possuem menos de um ano, a circunstância deve ser provada nos autos para que se possa exigir imposto com redução da base de cálculo.

Entendo que, por falta de referência nos autos, o autuante não observou o disposto na referida legislação e não considerou o período de utilização do bem no estabelecimento do autuado para caracterizar a incidência do imposto na operação.

Aliás, a falta de referência do autuante ao tempo de uso dos bens evidencia que os bens possuíam mais de quatro anos de uso no estabelecimento, pois, senão, o autuante teria incluído no presente auto a cobrança do uso indevido do crédito referente à fração que corresponderia ao restante do quadriênio, conforme estabelecido no inciso V do § 17 do art. 93 do RICMS/97, relativamente à escrituração do CIAP.

Assim, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do auto de infração, retirando os valores contestados pelo autuado, constantes à fl. 71, alterando o lançamento tributário para R\$423.327,56 da seguinte forma:

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/01/2010	3.600,09
28/02/2010	12.488,14
31/03/2010	725,99
30/04/2010	18.497,70
31/05/2010	37.592,10
30/06/2010	97.507,92
31/07/2010	12.843,77

31/08/2010	5.768,10
30/09/2010	5.569,20
31/10/2010	15.361,39
30/11/2010	66.559,75
31/12/2010	55.856,70
31/01/2011	6.437,80
28/02/2011	44.894,23
31/03/2011	3.381,30
30/04/2011	3.779,10
31/05/2011	16.767,27
30/06/2011	15.116,40
30/09/2011	580,61
TOTAL	423.327,56

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração nº 2691940058/15-7, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do ICMS no valor de **R\$423.327,56**, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2016.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA