

**A. I. Nº - 269096.0007/20-7**  
**AUTUADO - DU PONT DO BRASIL S.A.**  
**AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e JAYME GONÇALVES REIS**  
**ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA**  
**PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/09/2021**

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0115-01/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. As operações questionadas se referem a remessa, por parte do remetente, de bens do seu ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento, e posterior retorno. Nessa situação, tratando-se de operações não tributadas, não há exigência do diferencial de alíquotas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em referência, lavrado em 23/12/2020, cuida de exigência de imposto no valor histórico de R\$710.786,17, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 06.05.01: *“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 e/ou consumo do próprio estabelecimento”.*

*“Referente às entradas de alicates, água destilada, colher de pedreiro, chave inglesa, chave philips, chaves de fenda, bucha para lavagem, balde, balde de lixo, bentonita, batedor, esponja de pedreiro, trena, arco de serra, cavalete para haste, pé de cabra, funil, carrinho de plataforma, extensão, detergente, mangueira cristal, ponteira sólida, freio de haste, régua de liner, lousa liner, fita zebreada, cone de sinalização, chave de parafuso, galão de combustível inox, pá, enxada, cortador de liner, alavanca, cavadeira, vassoura, oring, tampa de madeira, bomba tornado, “Donnut’s”, caixa de luva de procedimento, caneco de trado, controlador MIP, colete reflexivo, extintor, silicone, medidor de nível, mesa de plástico, jogo de chave allen, fita isolante, regulador de pressão, disjuntor, a título de bens do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento, mas que não retornaram ao remetente presumindo-se consumidos no estabelecimento, conforme demonstrativo Dupont\_DIFAL, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”.*

Refere-se ao mês de agosto de 2017.

Enquadramento legal: art. 4º, XV da Lei nº 7.014/96, C/C art. 305, §4º, III, “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa aplicada de 60%, conforme art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 28/12/20 (DT-e à fl. 10), e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 25/02/21, peça processual que se encontra anexada às fls. 24 a 52. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumentos de substabelecimento e procuração constantes nos Autos às fls. 107 a 110.

A Impugnante inicia sua peça defensiva fazendo um breve resumo sobre a acusação fiscal, além de ressaltar a tempestividade da impugnação apresentada.

Preliminarmente argui a nulidade da autuação, sob alegação de que a mesma foi baseada em mera presunção, sem quaisquer outros elementos materiais que possam confirmar tal premissa.

Acrescenta que há uma discrepância entre os produtos mencionados no Auto de Infração (fl. 01) e os produtos constantes da planilha que instrui a presente autuação (DuPont\_DIFAL.xlsx), argumentando que tal fato não permite o correto entendimento da Defendente quanto à abrangência e limites da autuação.

A título de exemplo, destaca que o produto MÁQUINA GEOPROBE 7822RC, que corresponde a cerca de metade da base de cálculo da presente exação — R\$1.829.268,29, consta apenas do arquivo anexo, não sendo mencionado na descrição da infração. Indaga se tal mercadoria realmente compõe a autuação.

Transcreve as disposições do artigo 39, III, do RPAF, afirmando que o mesmo não foi observado.

Aduz que apesar da infração indicar a falta de recolhimento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nos cálculos elaborados pela Autoridade Fiscal, foi utilizada a alíquota de 18%, a qual é a alíquota interna geral do ICMS utilizada no Estado da Bahia.

Entende que não fica claro se a exigência se cinge ao ICMS interno ou decorrente de operação interestadual.

Cita o art. 142, do CTN; o art. 123 do COTEB; além de ensinamentos de Aurélio Pitanga Seixas Filho acerca da obrigatoriedade de a Autoridade Fiscal almejar a verdade material em todo e qualquer ato administrativo; com o fito de demonstrar que ocorreram incertezas na determinação da autuação, culminando em cerceamento do direito de defesa, o que impõe a decretação de nulidade da autuação, conforme disposto no artigo 18, incisos II e IV, alínea a, do RPAF, que traz à colação.

Relativamente ao mérito, afirma que a autuação não merece prosperar, posto que exige ICMS em operações que não estão abrangidas no campo de incidência do tributo.

Tece considerações sobre a hipótese de incidência do referido imposto, transcrevendo o artigo 155, II, da C.F.; o art. 2º, da Lei Complementar nº 87/96, ensinamentos dos Professores Geraldo Ataliba e Cléber Giardino; além de decisões do STJ e a Súmula nº 166, abaixo reproduzida:

*“Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”*

Conclui que incidência do ICMS impõe uma circulação de mercadoria, caracterizada pela consecução de um ato mercantil e com substrato econômico às partes, tendente a efetuar a transmissão de propriedade de determinado bem a outrem, mediante o pagamento de um valor.

Assinala que a mera circulação de bens destinados à prestação de serviços já onerados pelos Municípios não pode dar ensejo ao gravame estadual em apreço, pois (i) é certo que as mercadorias não são transferidas ao tomador de serviço e (ii) estão expressamente excluídas do campo de incidência do tributo, por força do artigo 2º, IV e V, da Lei Complementar nº 87/96, o qual encontra correspondência nos artigos 2º, II e 3º, XIV, da Lei Estadual nº 7.014/1996.

Assevera que nas operações autuadas não houve circulação de mercadoria, uma vez que não houve transferência de titularidade dos bens e, especificamente para as Notas Fiscais nºs 1878 e 1882, aponta que não houve sequer circulação física, porquanto foram documentos fiscais emitidos de forma equivocada e, por isso, foram cancelados.

Explica que os documentos fiscais acima referidos foram emitidos por engano, apresentando características semelhantes entre si e com relação direta com o teor da Nota Fiscal nº 1883, a qual efetivamente acobertou a remessa de bens do ativo fixo da emitente.

Reconhece que, por um lapso, as Notas Fiscais nºs 1878 e 1882 não foram canceladas dentro do prazo adequado, mas diz que comprovando a boa-fé e licitude da operação, o equívoco foi devidamente comunicado à Administração Tributária do Estado de São Paulo, unidade Federada

da emitente (doc. 04).

Ressalta que para evidenciar que efetivamente não houve circulação de mercadoria, traz consulta dos referidos documentos fiscais no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, confirmando que não há um CTe atrelado às Notas.

Ratifica que nos termos esclarecidos deve ser reconhecido que não houve circulação das mercadorias nas Notas Fiscais apontadas, não ocorrendo a hipótese de incidência do ICMS no mundo fenomênico.

Dessa forma, mencionando que as Notas Fiscais nºs 1878 e 1882 foram canceladas, ainda que de forma extemporânea, e, por conseguinte, não abarcaram qualquer circulação de mercadoria, considera que em prestígio ao princípio da verdade material, não há qualquer valor de ICMS que possa ser exigido sobre as mesmas.

Em seguida, destaca que as demais Notas autuadas (1883, 1885, 1886, 1887, 1889 e 1896), tratam-se de operações não tributadas por se referirem à remessa de bens da emitente para prestação de serviço de perfurações e sondagens no estabelecimento da Defendente (remessa de ativo para prestação de serviço fora do estabelecimento).

Esclarece que a Defendente atua principalmente na pesquisa e desenvolvimento de tecnologia em proteção de cultivos, importação, produção e comercialização de produtos agrícolas, e que no desenvolver de suas atividades, firmou uma relação comercial com a empresa ARAGON PERFURAÇÕES E SONDAgens LTDA, relativa à prestação de serviços de sondagem e instalação de poços de monitoramento.

Acrescenta que para tal propósito foi necessária a utilização de maquinário específico, consubstanciado, sobretudo, na máquina GEOPROBE 7822RC e suas peças adjacentes, constantes do ativo imobilizado da ARAGON.

Aduz que além do maquinário, também foi necessário remeter demais insumos e equipamentos para realização da obra, e que todos os bens transmitidos nas Notas Fiscais autuadas são de propriedade da ARAGON e não foram adquiridos pela Defendente, mas sim utilizados pela referida empresa para a prestação de serviço contratado.

Ratifica que não houve transferência de titularidade e, por conseguinte, circulação de mercadoria, ressaltando que as mercadorias abrangidas pelas Notas Fiscais nºs 1883, 1885 e 1896 tiveram seu retorno amparado pela documentação fiscal pertinente, conforme demonstram as Notas Fiscais nºs 3303, 3302 e 3343 (doc. 06).

Pontua que o serviço de perfuração e sondagem está abrangido pelo item 7.02 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/03 e, visando comprovar que tais serviços estão submetidos à tributação pelos Municípios, colaciona uma amostragem de Notas Fiscais de serviços que a Defendente tomou da ARAGON em diferentes períodos (doc. 07).

Expõe que nesse sentido, a orientação do Estado de São Paulo, Estado de origem da remessa de bens do ativo imobilizado, é no sentido de que se deve emitir as referidas Notas sem qualquer destaque de ICMS.

Chama atenção para o fato de que a Secretaria da Fazenda deste Estado da Bahia já analisou situação semelhante, inclusive atinente à prestação de serviços de perfurações e sondagens, e concluiu que as Notas relativas a remessas de bens do ativo fixo devem ser emitidas sem destaque do ICMS, tal como feito no caso em debate, posto que se trata de operação não tributada pelo imposto estadual. Traz à colação o Parecer Tributário nº 07757, de 04/04/2013.

Informa que os pronunciamentos dos Fiscos de São Paulo, Minas Gerais e da Bahia são uníssomos no sentido de que o próprio prestador de serviço poderia ser indicado como destinatário nas Notas Fiscais de remessa de bens do ativo fixo para consecução de serviço fora do estabelecimento, evidenciando que não há transferência de titularidade das mercadorias.

Conclui restar claro que as operações autuadas não sofreram a incidência do ICMS, seja pela hipótese geral de ausência de circulação de mercadoria / cancelamento das notas / transferência de titularidade, pelo retorno das mercadorias atinentes às Notas Fiscais nºs 3303, 3302 e 3343 ou ainda por se tratar de remessa de bens para prestação de serviço sujeito à incidência do ISSQN.

Apresenta cópia de parte do discriminativo do débito que acompanha o Auto de Infração, voltando a reclamar que foi aplicada erroneamente a alíquota de 18%, uma vez que a acusação é de que o Estado da Bahia, caso as operações fossem tributadas, seria credor apenas da diferença entre a alíquota interna e interestadual.

Em seguida, o impugnante passa a tecer considerações sobre seu entendimento de que a multa imposta teria caráter confiscatório e desproporcional.

Cita as disposições do artigo 150, IV, da Constituição; traz também à colação ensinamentos de vários doutrinadores do direito, a exemplo de Bernardo Ribeiro de Moraes, Paulo César Baria de Castilho e Sacha Calmon Navarro Coelho; além de decisões de outros Tribunais; visando demonstrar seu entendimento de que a multa deve ter um patamar máximo razoável, que não represente confisco do patrimônio e não seja desproporcional à infração supostamente praticada, sob pena de enriquecimento ilícito do Fisco e de violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao confisco.

Diz, ainda, que caso o CONSEF não entenda pelo integral afastamento dos valores cobrados, que seja deferida a realização de diligências para que a Autoridade Fiscal analise a documentação apresentada, de forma a confirmar a veracidade e consequente necessidade de, no mínimo, reduzir o montante autuado, com base no que prevê o artigo 145 do RPAF.

Concluindo a peça defensiva, solicita: (a) a nulidade plena do presente Auto de Infração diante da insegurança na determinação da infração e do cerceamento do direito de defesa; e que caso assim não se entenda (b) seja cancelada integralmente a cobrança, posto que as Notas Fiscais autuadas tratam de operações que não estão sujeitas à incidência do ICMS; (c) se não cancelado integralmente que sejam considerados os retornos das mercadorias abarcados pelas Notas Fiscais nºs 3302, 3303 e 3343 (d) sejam excluídas as Notas Fiscais nºs 1878 e 1882, considerando o cancelamento realizado e a ausência de CTe relacionado; (e) seja adequada a alíquota aplicada de 18%, de maneira a ser utilizada efetivamente a diferença entre a alíquota interna e interestadual; (f) seja reduzida a multa confiscatória e desproporcionalmente aplicada a percentuais condizentes com a situação concreta (10% a 20%), nos termos da legislação e jurisprudência aplicáveis.

Requer, por fim, a realização de diligências, caso não acatados os pleitos defensivos, e que sejam as futuras intimações publicadas única e exclusivamente em nome do advogado JOSÉ PAULO DE CASTRO EMSENHUBER (OAB/SP nº 72.400), com escritório em São Paulo - SP, na Rua Groenlândia, no 1310, Jardim Europa, CEP 01434-100 e endereço eletrônico [paraleqal@emsenhuber.com.br](mailto:paraleqal@emsenhuber.com.br), sob pena de nulidade.

O segundo autuante, em informação fiscal às fls. 171/175, inicialmente rebate as preliminares de nulidade suscitadas, dizendo que todos os demonstrativos que integram o Auto de Infração foram entregues à Autuada, conforme atesta o documento à fl. 19/v.

Aduz que a mera leitura do texto e do complemento da Infração (fl. 01), não deixa a menor dúvida do que se trata a exigência fiscal: falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquota, e que foi, inclusive, muito bem combatida na peça defensiva.

No mérito, aduz que resta comprovado no demonstrativo à fl. 07 a base de cálculo para o ICMS exigido, relativo ao CFOP 6554 - Remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento, e transcreve o que dispõe os artigos 2º, Inciso IV; 4º, Inciso VI; e 17, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, relativos à incidência do imposto, momento da ocorrência do fato gerador e da base de cálculo.

Ressalta que a informação do CFOP nos documentos fiscais configura-se em mero destaque, e que

o CFOP não é suficiente para definir a utilização da mercadoria no seu destino.

Cita alguns exemplos:

*Uma concessionária de automóveis vende, dentro do Estado, um veículo para um estabelecimento (seja ele comercial ou industrial). O CFOP utilizado pela concessionária será, certamente, 5405. Isto porque já recebeu o veículo com o ICMS substituído pela montadora. No entanto, o adquirente irá classificar como 1551.*

*CFOP 5405 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído.*

*CFOP 1551 - Compra de bem para o ativo imobilizado.*

*Outro exemplo: uma indústria de parafusos vende, dentro do Estado, parafusos, para outra indústria que produz, p.e., leite UHT. O CFOP pela que vendeu ser 5101. A que adquiriu 1556.*

*CFOP 5101 - Venda de produção do estabelecimento.*

*CFOP 1556 - Compra de material para uso consumo.*

Afirma que a natureza da mercadoria está ligada diretamente à sua utilização, ou seja, o que para uns é venda de produção; para outros é material de uso e consumo.

Conclui que o fato de uma mercadoria dar saída de outra unidade da Federação com destaque de um determinado CFOP, não quer dizer que este será o fator determinante da sua utilização.

Destaca que o que se comprova nesta ação fiscal, em relação ao CFOP utilizado na origem = 6554, é que não se tratam de bens do ativo imobilizado, pois são, na realidade, materiais de uso e/ou consumo que foram consumidos no estabelecimento. Afirma que isto resta comprovado porque não ocorreu o retorno ao estabelecimento de origem.

Registra que em nenhum momento, durante a ação fiscal ou mesmo em sede de defesa administrativa o autuado fez prova do retorno. Pontua que basta a leitura do demonstrativo às fls. 08 a 16 para que não reste a menor dúvida de que não se tratam de “bem do ativo imobilizado remetidos para uso fora do estabelecimento”.

Assevera que efetivamente se tratam de material destinado a uso e consumo do estabelecimento, e que o correto seria a utilização, no Estado de origem, do CFOP 6557, como ocorreu em outras operações relacionadas no mesmo demonstrativo (CFOP 6557 - Transferência de material de uso ou consumo).

Dessa forma, expõe que por isto foi feita a exigência do imposto nessas operações, ressaltando que inciso IV, do artigo 1º, da Lei nº 7.014/96, não faz referência ao CFOP, mas sim as mercadorias, e que o fato gerador (inciso XV, do artigo 4º, da mesma Lei) trata da entrada ou utilização, e não da aquisição, independentemente do CFOP utilizado na operação:

...

*IV - as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto;*

...

*XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.*

..

Quanto à questão levantada relativa à utilização da alíquota de 18%, transcreve a resposta dada no site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, referente à forma de apuração, no item “Perguntas e Respostas”.

Menciona que o parágrafo 6º, do Artigo 17, da Lei nº 7.014/96, também é claro e preciso quanto à matéria:

*“§ 6º Nos casos do inciso XI do caput deste artigo, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação da alíquota interna sobre base de cálculo obtida a partir da retirada da carga tributária da operação interestadual e inclusão da carga tributária interna sobre o valor da mercadoria, subtraindo-se desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal.*

Considera que se o ICMS destacado no documento fiscal é igual a “zero” não há que se falar em utilização da alíquota interestadual da operação, que inclusive não foi tributada na origem.

Diante desse aspecto, expõe que o autuado pretende um Crédito Fiscal inexistente, que não foi calculado nem recolhido no Estado de origem.

Sobre as Notas Fiscais nº 1878 e 1882 que o autuado informou que foram canceladas, diz que não assiste razão ao contribuinte, uma vez que o cancelamento não é acusado na EFD-Escrituração Fiscal Digital e nem no banco de dados da Receita Federal e do Estado da Bahia.

No que diz respeito aos documentos anexados pelo autuado às fls. 117 e 119 (declaração do remetente de que as notas fiscais acima foram emitidas erroneamente; que as notas fiscais nºs 1883, 1885 e 1896, tiveram suas mercadorias retornadas para o estabelecimento remetente; e que as demais os produtos não retornaram porque foram consumidos na prestação do serviço), informa que prefere não emitir opinião a respeito.

Nesta referida declaração do remetente - empresa Aragon Perfurações e Sondagens Ltda, é também declarado que não conseguiu recuperar as cópias das notas fiscais de retorno, tendo em vista que o sistema e o HD que continham os programas da Sefaz foram corrompidos, sendo obrigada a reemitir-las (NFs 3302, 3303 e 3343, datadas de 26/01/2021 e 22/02/2021) – fls. 154 a 168.

Quanto à Súmula 166 do STJ, bem como o percentual da multa aplicado, diz que não é da sua competência abordar tal matéria.

Ao final, requer a procedência da ação fiscal.

Previamente à Sessão de Julgamento a impugnante apresentou Memoriais, com sínteses dos temas de sua impugnação às fls. 24 a 52.

Na Sessão de Julgamento por videoconferência, inclusive na anterior onde o processo foi objeto de pedido de vistas, foram realizadas sustentações orais pelo advogado do contribuinte, Dr. Giovanni Ponchio Casagrande, OAB/SP nº 425.242.

## **VOTO**

Inicialmente, verifico que o presente Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN, e 39 do RPAF/99.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante dos fatos, se reportou aos demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitaram a instalação do contencioso.

Logo, diante do fato de terem sido observados os princípios do Processo Administrativo Fiscal, os respeitando, inexistente a alegada violação aos mesmos, sendo atendidos o da ampla defesa e o do contencioso, além do princípio da legalidade, bem como obedecidos os procedimentos regulamentares e normativos, tornando o feito isento de qualquer mácula que o contamine com a nulidade, o que leva ao não acolhimento de tais argumentos.

Em relação ao pedido de diligência solicitado pelo impugnante, fica rejeitado, uma vez que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

O presente processo imputa ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao seu ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento, mas que não retornaram ao remetente, presumindo-se consumidos no estabelecimento.

De forma sucinta, o sujeito passivo contesta a infração, por considerar que a autuação (i) exige ICMS de operações que estão fora do campo de incidência do imposto, abrangendo Notas Fiscais canceladas e remessas de bens, nas quais não se operou a transferência de titularidade, e estão atreladas à prestação de serviço tributado pelos Municípios, além de que, as mesmas retornaram para o remetente; (ii) exige a alíquota interna de 18% (dezoito por cento), sendo que eventual quantia devida ao Estado da Bahia seria correspondente à aplicação da diferença entre a alíquota interna e interestadual; (iii) aplica multa de patamar desproporcional e eminentemente confiscatório.

Inicialmente, deve ser observado quanto à citação da Súmula 166 do STJ, que neste processo está sendo exigido apenas o imposto relativo às remessas da empresa Aragon para o autuado.

Dessa forma, da análise dos elementos constitutivos do processo, verifico que as notas fiscais (fls. 134 a 145), que estão sendo objeto de questionamento por parte do autuante, tem como natureza da operação, remessa de bens do ativo imobilizado do remetente (Aragon Perfurações e Sondagens Ltda), para uso fora do estabelecimento, tendo como destinatário o autuado.

Ressalto que as informações constantes dos dados adicionais das mesmas, prestam também essa informação, acrescentando os endereços onde serão prestados os serviços.

Verifico também no sistema de informações da Sefaz, que o autuado não tem como atividade o serviço de sondagem, sendo que as mercadorias de maior representatividade financeira são exatamente utilizadas para tais serviços, a exemplo da Máquina Geoprobe 7822 RC, os parafusos Hollow e a Haste Geoprobe, o que ratifica a alegação defensiva de que as mesmas são utilizadas nas prestações de serviço contratadas junto ao remetente (Aragon).

Pontuo, que o próprio autuante não quis emitir opinião a respeito das declarações do remente, às fls. 117 e 119, de que as notas fiscais n°s 1878 e 1882, foram emitidas erroneamente; que as notas fiscais n°s 1883, 1885 e 1896, tiveram suas mercadorias retornadas para o estabelecimento remetente, através das notas fiscais n°s 3302, 3303 e 3343 (fls. 154 a 168); e que os produtos que não retornaram foram consumidos na prestação do serviço.

Ademais, diante da documentação acostada aos autos, considero que exigir imposto no entendimento de que as mercadorias foram incorporadas ao ativo fixo ou consumidas pelo autuado, é uma presunção que não restou devidamente confirmada nos autos.

É cediço, que somente há incidência do tributo sobre fatos concretos, sendo necessária a existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual, a fiscalização tem obrigatoriamente que demonstrar de forma irrefutável, em observância ao princípio da verdade material.

Destarte, tratando-se as operações questionadas de remessa, por parte do remetente, de bens do seu ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento, e posterior retorno, as mesmas não são tributadas, não subsistindo a exigência do diferencial de alíquotas, objeto do presente lançamento fiscal.

Por fim, menciono que foi requerido que as futuras intimações sejam feitas em nome do advogado JOSÉ PAULO DE CASTRO ESMENHUBER (OAB/SP n° 72.400), com escritório em São Paulo - SP, na Rua Groenlândia, no 1310, Jardim Europa, CEP 01434-100 e endereço eletrônico [paralegal@emsenhuber.com.br](mailto:paralegal@emsenhuber.com.br). Registro, que não há impedimento para que tal providência seja tomada, porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III do Regulamento do Processo

Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

De tudo quanto exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269096.0007/20-7**, lavrado contra **DU PONT DO BRASIL S.A.**

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 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR