

A. I. Nº - 279757.0078/20-0
AUTUADO - MUSSAMBÊ ENERGÉTICA S/A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e MARCO AURÉLIO SOARES FERREIRA
ORIGEM - INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/09/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0151-04/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/O CONSUMO PRÓPRIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou caracterizado que as operações de remessas abrangidas pela autuação não estão sujeitas ao pagamento do ICMS – Difal, pelo fato de se encontrarem amparadas pelo benefício fiscal previsto pelo Convênio ICMS nº 101/97. Acusação insubstancial. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de exigência de ICMS no montante de R\$153.735,58, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: *“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 aquisições de bens e/ou materiais destinados a uso e/ou consumo do estabelecimento não amparados pelo benefício da isenção previsto no Convênio ICMS nº 101/97, com NCM declarado em desacordo com a Legislação Tributária nas Notas Fiscais, conforme demonstrativo Mussambe_Anexo_B, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte”.

O autuado, por intermédio de seus representantes legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 15 a 23, arguindo, inicialmente, a tempestividade da peça defensiva, e, após apresentar uma síntese dos fatos, destacou ser uma Central Geradora de Energia Eólica, que teve outorgado o Regime de Produção Independente de Energia Elétrica pelo Ministério das Minas e Energia, explicando, resumidamente, como se processa sua atividade de geração de energia elétrica.

Ao ingressar na seara do Direito passou a arguir a falta de respaldo legal à cobrança da diferença de alíquotas, pontuando que a acusação consignou que teria se equivocado ao relacionar aquisições de mercadorias à isenção prevista no Convênio 101/97 e, com isso, teria deixado de recolher o ICMS diferença de alíquotas no período abrangido pela autuação.

A título exemplificativo tomou como parâmetro as operações envolvendo nota fiscal de simples faturamento de venda para entrega futura (DANFE 59225) e a nota fiscal nº 61252 referente a nota fiscal de venda para entrega futura, destacando que as mercadorias em questão, por uma questão de logística e ante sua complexidade, foram enviadas através de remessas parciais.

Pontuou que, no caso concreto, o vendedor emitiu inicialmente notas fiscais de simples faturamento, para entrega futura, que não se sujeita a incidência do ICMS, emitindo posteriormente as remessas parciais quando da efetiva entrega dos produtos.

Disse que as notas fiscais que compõem o produto “aerogerador E-92” foram emitidas considerando a isenção do ICMS prevista no item XIII da Cláusula primeira do Convenio ICMS 101/97, por se tratarem de peças utilizadas principalmente em aerogeradores.

Com isso observou que apesar das operações estarem respaldadas na isenção de ICMS prevista pelo referido convênio, o autuante efetuou a cobrança da diferença entre alíquotas como se

tratassem de operações tributadas, sob o argumento de que a NCM destacada nas notas fiscais estaria em desacordo com a legislação baiana, sendo tratados cada item de forma separada, considerando sua classificação fiscal de forma isolada, como se fossem bens adquiridos aleatoriamente, quando, em verdade, os bens adquiridos foram em sua totalidade para compor os aerogeradores, razão pela qual estão albergados pela isenção do ICMS nos termos do item XIII da Cláusula primeira do Convênio 101/97.

Citou como exemplo o bem “Plataforma da carenagem”, Danfe 62046, classificado na NCM 85023100, enquanto que o autuante entendeu que deveria ser classificado na NCM 73269090 e, nesta medida, lançou o ICMS, sem atentar para o previsto pela Cláusula XIII que menciona partes e peças utilizadas exclusiva ou principalmente em aerogeradores, estes sim, classificados na posição 8502.31.00. Com isso asseverou que mesmo que as partes e peças isoladamente tenham classificações em NCMS distintas da 85023100, conforme alegado pelo autuante, ainda assim, por serem utilizadas principalmente nos aerogeradores, permanecem isentas do ICMS por força do disposto no item XIII da Cláusula primeira do multicitado Convênio, a qual transcreveu, juntamente com o Art. 264, XIX do RICMS/BA.

Neste sentido afiançou restar claro que as operações consignadas no Auto de Infração são abrangidas por isenção do ICMS por se tratar de aquisições de partes e peças utilizadas e acopladas principalmente em aerogeradores classificados no código NCM 8502.31.00, os quais são objeto das notas fiscais de vendas para entrega futura por remessas diversas e das respectivas vendas adquiridas para entrega futura, razão pela qual consta dos respectivos documentos fiscais expressa menção do Convênio ICMS 101/97.

Sustentou que se tratam de bens adquiridos para compor seu Ativo Imobilizado, no tocante a montagem de sua usina geradora de energia eólica, acobertados pela isenção do ICMS, conforme expressamente previsto nos itens VIII e XIII da Cláusula primeira do Convênio 101/97, não havendo como prevalecer o argumento do autuante de que houve equívoco na indicação das NCMS.

Salientou que, mesmo na remota hipótese das operações envolvendo os aerogeradores e suas partes e peças não serem albergados pela isenção do Convênio 101/97, ainda assim não caberia o recolhimento do ICMS na hipótese em tela, uma vez que os produtos foram adquiridos para integrar seu Ativo Imobilizado, o que ensejaria o diferimento do ICMS com a posterior “dispensa de lançamento”, consoante previsão contida no art. 286, XXV, c/c § 13, III e § 15 do RICMS/BA, transcritos.

Adiante ressaltou que foi habilitada aos benefícios do Programa Desenvolve Bahia, por meio da Resolução nº 034/2014, o qual contemplou o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao Ativo Fixo nas aquisições interestaduais, relativamente ao diferencial de alíquotas, de forma que, ainda que se pudesse cogitar a inaplicabilidade da isenção prevista no Convênio 101/97 e do diferimento do Difal seguido de dispensa, nos termos dos arts. 286, XXV e 287 do RICMS/BA, ainda assim as operações objeto da autuação estariam acobertadas em sua totalidade pelo diferimento por ser habilitada no programa Desenvolve, portanto, por qualquer ângulo que se analise, não merece prosperar a autuação.

Se reportou, em seguida, a correção de alíquotas quanto ao ICMS incidente sobre aquisições de bens para o ativo, pontuando que a exigência cominada se utilizou da regra geral de alíquota interna, Art. 15 da Lei nº 7.014/96, contudo, na hipótese de prevalecer o raciocínio de que as operações em comento sujeitam-se a incidência do ICMS, deve-se levar em consideração que não se trata de operações internas, mas, sim, de operações interestaduais já que foram remetidas do Estado de São Paulo com destino à Bahia, razão pela qual, o ICMS à recolher, se devido fosse, seria o resultado da diferença entre as alíquotas do estado de destino e a alíquota interestadual, nos termos ao art. 155, § 2º, VII da CF c/c a Resolução do Senado 22/99, transcritos.

Por esta razão considera que a autuação também não deve prosperar, eis que os cálculos

deveriam ter sido efetuados com base na diferença entre a alíquota interna do estado de destino e a alíquota interestadual que seria devida na operação.

Requeriu a alteração no percentual da multa aplicada de 60% para 50% com fundamento no art. 42, inciso I da Lei nº 7.014/96, cogitou a necessidade de realização de perícia fiscal com apresentação de quesitos a serem respondidos e concluiu solicitando que todas as publicações sejam efetuadas em nome da advogada que subscreveu a peça defensiva.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 101 a 104, onde, em relação ao argumento defensivo de falta de respaldo legal à cobrança do diferencial de alíquota de ICMS, destacou que é de vital importância deixar claro que a Nota Fiscal nº 59225, fl. 52, referente ao “*Aerogerador E-92 completo – 2.3MV TCR*” não está incluída na autuação.

Disse que em relação aos produtos “*parafuso*” e “*tampão*” não se tratam de parte e/ou peça identificada como sendo de aerogerador (Conv. ICMS 101/97), pois tem seu uso genérico, sendo comumente peças de reposição, exceto quando acompanham o equipamento, fazendo parte do mesmo documento fiscal. Portanto, ao seu entender, é descabido o argumento defensivo visto que tais mercadorias não são beneficiadas pela isenção prevista no referido Convênio, que é quem define quais bens e/ou materiais estão alcançados pela isenção.

Quanto a mercadoria “Plataforma da carenagem” que o autuado disse que está classificada na NCM 850023100 e que o autuante considerou como classificada na NCM 73269090, esclareceu que no demonstrativo de fls. 07 a 09 existem duas colunas intituladas “Código/NCM” que é a classificação da NCM escriturada pelo autuado na EFD, e “NCM/Item” que é como a mercadoria é classificada na Tabela da NCM adotada pelo Brasil e demais países do Mercosul.

Disse que esse cotejo é realizado pelo Fisco exatamente para verificar se ocorreu o fato do contribuinte ter classificado mercadoria com NCM previsto no Convênio ICMS 101/97, porém, diferente da constante na Tabela, deixando, com isso, de recolher o ICMS/Difal, se devido, sendo este o cruzamento que realizou com os registros na EFD do autuado, juntamente com a descrição constante no Convênio ICMS 101/97, e não somente com a “Plataforma de carenagem”, ressaltando que não é apenas a NCM que assegura o benefício da isenção, mas, também, a descrição idêntica da mercadoria.

Citou a descrição da NCM 850023100 do Convênio 101/97:

“VIII – aerogeradores de energia eólica – 8502.31.00

XIII – partes e peças utilizadas:

a) exclusiva ou principalmente em aerogeradores, classificados no código 8502.31.00, em geradores fotovoltaicos, classificados nos códigos 8501.31.20, 8501.3220 e 8501.34.20 – 8503.00.90”

Disse que uma “Plataforma de carenagem” não lhe parece uma parte ou peça utilizada exclusiva ou principalmente em aerogerador, a qual integra, salvo prova em contrário, a torre, que no caso é de concreto.

Acrescentou que o fato de uma mercadoria integrar uma outra beneficiada pela isenção, com NCM específica prevista no Convênio ICMS 101/97, não permite alterar a NCM original e, uma vez integrada ao novo produto, o conjunto de partes e peças que o integram formam uma nova NCM, um novo produto, e isto não ocorre no estabelecimento do autuado, de acordo com o seu ramo de atividade.

Neste sentido disse que entram na linha de produção várias NCM, a título de partes e peças,umas beneficiadas com isenção e outras não, motivo pelo qual esses contribuintes acumulam crédito fiscal de ICMS e dão origem a um novo produto com NCM distinta e prevista no citado Convênio, observando, ainda, que a atividade do autuado não é a produção de aerogerador e, sim, adquirente, na condição de uma Central Geradora de Energia Eólica.

Quanto a habilitação no DESENOLVE, a Resolução nº 034/2014 dispensa o autuado ao pagamento da diferença entre alíquota nas aquisições de bens destinados ao Ativo Fixo, o que não é o caso dos presentes autos, já que, o imposto aqui reclamado recaiu sobre materiais destinados ao

consumo do estabelecimento, não beneficiados pela isenção constante no multicitado Convênio, ou mesmo que integram o Ativo Imobilizado por acessão física, na forma do Art. 310, VII do RICMS/BA.

No tocante ao argumento relacionado a correção de alíquotas quando o ICMS incide sobre aquisições de bens para o Ativo Fixo, disse que, neste ponto, é necessário a interpretação do Art. 17, XI, § 6º da Lei nº 7.014/96 que define a base de cálculo do imposto para efeito de pagamento da diferença entre alíquotas, onde deve ser subtraído do valor a recolher apurado o valor do imposto destacado no documento fiscal, sendo calculado, desta forma o imposto devido.

Pontuou não ser da sua competência a questão atinente ao pedido da diminuição do percentual da multa e se posicionou contrário a realização de diligência, respondendo, entretanto, os quesitos formulados pelo autuado, acaso seja aceito o pedido do autuado.

Destacou que o autuado não atentou em verificar a ocorrência de três requisitos, a saber:

- a** – correta adequação da classificação fiscal da mercadoria, através da NCM/SH, à descrição prevista na legislação (Conv. ICMS 101/97), inclusive no que tange a finalidade específica;
- b** – previsão como mercadoria sujeita à isenção no Convênio ICMS 101/97;
- c** – conformidade do segmento ao qual a mercadoria pertence, nos termos do citado Convênio.

Concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, OAB/PE nº 24.079, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A acusação constante na peça inicial, para exigir ICMS no total de R\$153.735,58, está posta nos seguintes termos: “*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 aquisições de bens e/ou materiais destinados a uso e/ou consumo do estabelecimento não amparados pelo benefício da isenção previsto no Convênio ICMS nº 101/97, com NCM declarado em desacordo com a Legislação Tributária nas Notas Fiscais, conforme demonstrativo Mussambe_Anexo_B, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte.

Está consignado nos autos, que a atividade exercida pelo autuado é de Central Geradora de Energia Eólica, que teve outorgado o Regime de Produção Independente de Energia Elétrica pelo Ministério das Minas e Energia, tendo este explicado, resumidamente, como se processa sua atividade de geração de energia elétrica abrangendo as etapas de geração, transmissão e distribuição.

O primeiro argumento defensivo, está relacionado ao que chamou de falta de respaldo legal para cobrança de diferencial de alíquota, nas operações objeto da autuação.

Neste sentido, explicou que o aerogerador é a parte principal da estrutura da torre eólica, e que na intrincada relação de peças e componentes que formam o aerogerador, as aquisições desses materiais ocorrem através de compras para entrega futura, operações estas não sujeitas ao ICMS, onde o vendedor emite a nota fiscal de simples faturamento, e, posteriormente, quando da efetiva entrega dos produtos, são emitidas as notas fiscais de remessas das mercadorias.

Os argumentos defensivos não foram acolhidos pelo autuante, ao entendimento de que as mercadorias objeto da autuação não estão beneficiadas pela isenção prevista pelo Convênio ICMS nº 101/97, que define quais bens ou materiais estão alcançados pela isenção, citando o exemplo dos produtos “parafuso” e “tampão” que não se tratam de parte e/ou peça identificada como sendo de uso exclusivo ou principalmente de aerogerador (Convênio 101/97), possui uso genérico, sendo

comumente consideradas como peças de reposição, exceto quando acompanham o equipamento, fazendo parte do mesmo documento fiscal.

Analisando os demonstrativos elaborados pelo autuante, tomei por base o relacionado ao mês de fevereiro/16, por ser o de maior expressão monetária, ou seja, o que atingiu o valor reclamado na ordem de R\$130.056,01 para um total autuado de R\$153.735,58.

As aquisições relacionadas a este item, indicam que se tratam dos produtos Sikadur, Sika Silicobne, Sika Grout, Sikacor e para raio. As notas fiscais originárias se encontram acostadas às fls. 87 a 93v, e todas têm como natureza de operação “*Vendas de mercadoria adq. rec. terc. orig, encom.ent.futura*”, emitidas pelo fornecedor com a NCM/SH 85023100, e contém a título de informações complementares, que o componente e parte principal está enquadrado na classificação fiscal NCM 8502.31.00 – ICMS isento, conforme Convênio 101/97, alterado pelo Convênio 10/2014, com alíquota de IPI reduzida a zero, e são referentes a remessas parciais de materiais já faturados anteriormente, cuja nota fiscal é citada no campo próprio. Portanto, tais operações ocorreram sem incidência do imposto.

Tal condição não foi aceita pelo autuante, na medida em que no demonstrativo de apuração que elaborou, fls. 07 a 09, existem duas colunas intituladas “*Código/NCM*”, que é a classificação da NCM escriturada pelo autuado na EFD, a qual corresponde à que consta no documento fiscal de origem, emitido pelo fornecedor, e “*NCM/Item*” que é aquela atribuída pelo autuante como sendo a classificada na Tabela da NCM empregada pelo Brasil e demais países do Mercosul para aquela mercadoria, de forma isolada.

Neste sentido, sustentou o autuante que esse cotejo foi realizado exatamente para verificar se ocorreu o fato do contribuinte ter classificado mercadoria com NCM previsto no Convênio ICMS 101/97, porém, diferente da constante na Tabela, deixando, com isso, de recolher o ICMS/Difal.

Desta maneira, e com o devido respeito ao autuante, entendo que não é possível o mesmo desclassificar dados (NCM) constantes em documentos fiscais emitidos pelo fabricante/fornecedor estabelecido em outro Estado, pois, ao meu entender, estaria avançando em uma competência que seria do Estado de São Paulo, local onde o fornecedor está estabelecido.

Entendo, assim, que a NCM constante do documento fiscal originário, utilizada pelo autuado, deve ser preservada, e neste caso, as aquisições se tratam de partes ou peças que integram o componente principal do equipamento, o qual, de acordo com o que consta do documento fiscal está classificado na NCM 8502.31.00, estando, portanto isento do ICMS na forma prevista pelo Convênio ICMS nº 101/97, situação está que se aplica em todos os meses objeto da autuação.

A extensão deste entendimento a todos os demais itens da autuação, se aplica, ao se analisar a planilha de fls. 07 a 09, da lavra do autuante, que na sua apuração considerou a alíquota de entrada como sendo zero, sem crédito de ICMS, e aplicou a alíquota interna de 17% para efeito da exigência da Difal, portanto, desclassificou a NCM constante do documento fiscal originário e, em função da reclassificação levada a efeito, foi lançado o imposto a título de diferença entre alíquotas, incidindo a alíquota interna sobre o valor total da operação, sem crédito do imposto a ser deduzido.

Ressalto, que em relação as Notas Fiscais nºs 80.640, 80.641, 219683 e 219797, do mês 02/16, tratam de remessas de mercadorias por conta e ordem com armazenagem em depósito fechado, estabelecido em outro Estado, cuja responsabilidade do pagamento do imposto é do armazém geral, entretanto, apesar de todas elas fazerem referência ao documento fiscal de venda original, que foram emitidos anteriormente com a NCM 8502.31.00, os documentos acima citados representam o efetivo ingresso das mercadorias no estabelecimento do autuado, não significando, entretanto, que estão sujeitos a incidência do ICMS-Difal.

É o caso, por exemplo, da Nota Fiscal nº 59225, fl. 52, que foi emitida no mês de fevereiro/15, referente a operação de simples faturamento para entrega futura no valor de R\$7.244.552,92, referente a um aerogerador E-92 completo – 2.3W TCR, com a NCM 85023100 e isenção do ICMS

com base no Convênio 101/97, sobre a qual o autuante considerou ser de vital importância destacar que não foi exigido imposto sobre este documento fiscal.

De fato, não se está sendo exigido imposto nestes autos em relação a essa nota final, de forma específica. Entretanto, no corpo desse documento fiscal, existe a observação de que “**este produto será entregue através de remessas parciais**”.

E é justamente sobre estas entregas parciais que o autuante exigió o ICMS-Difal através do presente lançamento, consoante se verifica, por exemplo, através das Nota Fiscal nºs 067.681, fl. 80, e 068.800, fl. 87, ambas vinculadas a Nota Fiscal nº 59.225, portanto, sujeitas ao benefício da isenção fiscal prevista pelo Convênio nº 101/97.

Isto posto, considero desnecessário aprofundar a análise em relação aos demais argumentos defensivos, por entender que as operações de remessas abrangidas pela autuação não estão sujeitas ao pagamento do ICMS-Difal, pelo fato de se encontrarem amparadas pelo benefício fiscal previsto pelo Convênio ICMS nº 101/97, razão pela qual, voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0078/20-0**, lavrado contra **MUSSAMBÊ ENERGÉTICA S/A**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento 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 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR