

A. I. Nº - 279757.0102/20-9
AUTUADO - BARAUNAS I ENERGÉTICA S.A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e MARCO AURÉLIO SOARES FERREIRA
ORIGEM - INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20/10/2021

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-01/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. **a)** MERCADORIAS NÃO BENEFICIADAS PELA ISENÇÃO PREVISTA NO CONVÊNIO ICMS Nº 101/97. Acolhida a preliminar de decadência para os fatos geradores anteriores a 29/12/2015. Ficou caracterizado que as operações abrangidas pela autuação se encontram amparadas pelo benefício fiscal previsto pelo Convênio ICMS nº 101/97, foram objeto de recolhimento do imposto, ou foram canceladas. Infração insubstancial; **b)** MERCADORIAS BENEFICIADAS PELA ISENÇÃO PREVISTA NO CONVÊNIO ICMS Nº 88/91, SEM COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO EXIGIDA. Todo o período abrangido pela infração foi alcançado pela decadência. Infração não caracterizada. Não foi acolhida a arguição de nulidade nem o pedido de diligência para as duas imputações. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 28/12/2020, cuida de exigência de imposto no valor histórico de R\$629.088,42, mais multa de 60%, em face das seguintes acusações:

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 mercadorias não beneficiadas pela isenção prevista no Convênio ICMS nº 101/97 e artigo 264, inciso XIX, do Decreto nº 13.780/12, conforme demonstrativo Baraunas_I_Anexo_B/DifalMateriais*”.

Relativo aos meses janeiro a dezembro de 2015 a 2016, no valor de R\$257.633,65.

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.

Infração 02 – 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 mercadorias beneficiadas pela isenção prevista sob condição no Convênio ICMS nº 88/91 e artigo 265, XXX, do Decreto nº 13.780/12, não tendo sido comprovada a exigida condição, conforme demonstrativo Baraunas_I_Anexo_B/DifalEmbalagens*”.

Relativo aos meses de abril a outubro de 2015, no valor de R\$371.454,77.

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 29/12/20 (DTE à fl. 07), e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 25/02/21, peça processual que se encontra anexada às fls. 32 a 46 (frente e verso). A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constantes nos Autos na mídia à fl. 47.

A Impugnante inicia sua peça defensiva abordando a tempestividade da mesma, bem como fazendo um breve resumo sobre a acusação fiscal, além de transcrever as imputações que deram origem ao Auto de Infração.

Inicialmente esclarece que a empresa é uma Central Geradora de Energia Eólica, e que a geração é o segmento da indústria de eletricidade responsável por produzir energia elétrica e injetá-la na rede, nos sistemas de transporte (transmissão e distribuição), para que a energia chegue aos consumidores.

Acrescenta que, nesse contexto, necessita utilizar a rede básica de transmissão de energia, tendo firmado o Contrato de Uso do Sistema de Transmissão (CUST) com o ONS (Operador Nacional do Sistema Elétrico) e as Concessionárias de Transmissão (doc. 06); bem como adquirir componentes e equipamentos para viabilizar o funcionamento de sua Central Geradora Eólica, sendo, nesse contexto, habilitada no Programa Desenvolve Bahia (doc. 09).

Em preliminar de mérito entende que há falta de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário.

Alega que parte das notas fiscais que embasam à cobrança do DIFAL relativo à entrada de mercadorias da Infração 01 e da Infração 02 se referem a notas fiscais que foram canceladas pelo emitente, logo após a sua emissão, e que, portanto, não representaram efetiva venda / aquisição / remessa de mercadorias para a Impugnante, de forma que, mesmo que se pudesse admitir que se tratam de mercadorias que pudessem ser tributadas, o que diz admitir por extrema cautela, ainda assim o ICMS não poderia ser cobrado sobre parte das notas fiscais indicadas.

Acrescenta que a referida informação pode ser comprovada não apenas através da documentação anexa, mas também pelo próprio sistema da Nota Fiscal Eletrônica (Nfe).

Tece considerações sobre o cenário atual com o advento da NF-e, e assevera que ao incluir no lançamento a cobrança de DIFAL sobre notas fiscais canceladas, e, além disso, não levar em consideração os valores já recolhidos aos cofres públicos da Bahia pela impugnante, torna ilíquido e, portanto, nulo, o crédito tributário.

Afirma que as notas fiscais de nºs 67882, 67883 (Doc.07), 28989; 64199; 67883; 68571; 4316 e 10404 (Doc. 08) e as de nº 13717, 13718, 13813 (doc.12.1), foram canceladas, não tendo representado o ingresso das mercadorias nelas indicadas no estabelecimento autuado.

A título de exemplo, apresenta, à fl. 34, imagem do DANFE 13717, extraído do Portal da NFe, visando atestar que a nota fiscal foi emitida inicialmente pelo remetente em 08/06/2015, às 13:43, e cancelada em 09/06/2015 às 09:10.

Nesse sentido, considera que o auto de infração deve ser julgado nulo por falta de liquidez, e caso assim não se entenda, apenas por esforço de argumentação, que seja expurgado o montante original de R\$9.985,28, por corresponder ao ICMS DIFAL indevidamente lançado sobre notas fiscais canceladas, acima discriminadas.

Reclama, ainda, que os autuantes não consideraram no cálculo da Infração 01 o valor do ICMS já recolhido pela IMPUGNANTE nas operações de aquisição de materiais não albergados pela isenção (Doc. 11).

Alega que uma parcela relevante das operações indicadas para pagamento do DIFAL na Infração 01 já teve o ICMS correspondente devidamente recolhido pela IMPUGNANTE (doc. 13 – planilha com observações).

A título de exemplo, diz que os autuantes indicam na planilha DifalMateriais que as notas fiscais 11848, 195, 198, 201, 18783, 7884, 205 e 208 (doc. 08), ensejaram a cobrança de DIFAL de ICMS nos valores de R\$ 10.091,36 (linha 3 da Infração 01). Entretanto, pontua que os referidos valores foram devidamente recolhidos pela IMPUGNANTE por meio das guias anexas (Docs. 11) nos valores de R\$46,20, R\$16.416 e de R\$3.781,83, que albergam o DIFAL de outras notas fiscais indicadas na planilha (doc. 13), além dos recolhimentos relativos às notas fiscais citadas.

Nesse sentido, caso não seja reconhecida a nulidade do lançamento pela sua iliquidez, também menciona que é preciso expurgar da cobrança relativa à infração 01 todos os valores cobrados que foram pagos, no montante total de R\$69.156,57, conforme os documentos anexos (doc.11 e 13).

Acrescenta, ainda, que os autuantes mantiveram a cobrança sobre mercadorias que foram devolvidas, por terem sido objeto de locação (notas fiscais 1469 e 1460), conforme comprovam as notas fiscais de remessa (Doc. 10), o que diz representar uma cobrança de ICMS Difal indevido no valor de R\$10.830,02.

Dessa forma, afirma que há vício de constituição do crédito tributário, e que se a autuação não for considerada nula, devem ser expurgados da cobrança os valores acima mencionados, e que caso assim não se entenda, deve ser convertido o feito em diligência a fim de se aferir as informações ora apresentadas.

Em preliminar de mérito, suscita a decadência parcial do crédito tributário.

Pontua que a notificação do feito ocorreu em 29.12.2020 (doc. 04), razão pela qual aponta que ocorreu a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos 05 (cinco) anos antes dessa data – ou seja, em momento anterior a 29.12.2015.

Frisa que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, razão pela qual o prazo decadencial concedido à Fazenda Pública para constituir o crédito, na hipótese de insuficiência de pagamento, é de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN.

Enfatiza que o fato de haver ou não pagamento realizado pelo contribuinte é irrelevante, para fins de definir se há ou não decadência do direito de a Fazenda lançar o tributo. Explica que o ICMS possui características específicas, que influem na questão da decadência, entre elas, o dever de integrar sua escrita fiscal e contábil de forma automatizada aos sistemas de informação do Fisco, e o fator da habitualidade da realização do fato gerador pelo contribuinte do ICMS.

Em seguida faz breve comentário para corroborar com seu raciocínio, cita o art. 4º, da LC 87/1996 (Lei Kandir), e assevera que no caso concreto deve ser afastada a aplicação do art. 173, I, do CTN.

Em suma, entende que decaiu o direito de a Fazenda lançar os créditos tributários de janeiro a outubro de 2015, relativos à Infração 01, e todos os períodos exigidos na infração 02.

No mérito, considera que há falta de respaldo legal para a presente cobrança.

Em relação à Infração 01, afirma que as demais cobranças se referem a situações em que o autuado deixou de recolher o Difal de ICMS em operações isentas, em face do disposto no Convênio 101/97, envolvendo aerogeradores de energia eólica, bem como suas partes e peças integrantes.

Para exemplificação da operação, cita como exemplo os DANFEs 60291 (doc. 07.01) e 60803 (doc. 07.2) aduzindo se referirem e Notas Fiscais de simples faturamento de venda para entrega futura e a respectiva nota de venda de mercadoria adquirida com entrega futura.

Destaca que as mercadorias em questão, por razões de logística e ante sua complexidade, foram enviadas através de remessas parciais, sendo pertinente demonstrá-las visualmente, conforme o site do fabricante, e apresenta imagem à fl. 38 – verso.

Observa que o aerogerador é a parte principal que forma a estrutura da torre eólica.

Argumenta que devido à intricada relação de peças e componentes que formam a mercadoria em questão, a aquisição pela IMPUGNANTE se deu mediante compra para entrega futura – operação em que o estabelecimento vendedor comercializa uma dada mercadoria, para posterior entrega ao adquirente no prazo e forma convencionada entre ambos.

No caso concreto, pontua que o vendedor contribuinte do ICMS emitiu inicialmente notas fiscais de simples faturamento, para entrega futura (que não se sujeita à incidência do ICMS), por exemplo, do conjunto denominado “aerogerador E-92 Completo” que seria entregue através de remessas parciais, e, na sequência, quando da efetiva entrega dos produtos, emitiu as respectivas notas fiscais de venda de mercadoria adquirida para entrega futura, conforme demonstram as notas fiscais acima citadas.

Esclarece que as notas de venda que contemplam as efetivas remessas parciais dos bens que compõem o produto “aerogerador E-92” foram emitidas considerando a isenção do ICMS prevista no item XIII da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 101/97, por se tratarem de partes e peças utilizadas principalmente em aerogeradores.

Reclama que os autuantes fizeram a cobrança sob o equivocado argumento de que o NCM destacado nas notas fiscais estaria em desacordo com a legislação baiana.

Menciona que os autuantes não demonstraram qual seria o NCM a se indicar em cada caso. Considera que mesmo que indicassem, tratando cada item de forma separada e considerando sua classificação fiscal de forma isolada, como se fossem bens adquiridos “aleatoriamente”, estaria equivocado, uma vez que, na verdade, os bens indicados foram adquiridos para compor os aerogeradores, razão pela qual foram albergados pela isenção do ICMS nos termos do Convênio acima referido.

Ressalta que o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ editou o Convênio ICMS 101/97, concedendo isenção do recolhimento de ICMS para empresas que atuam em suas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento da energia eólica – como uma forma de incentivar o segmento empresarial a investir na produção de energias renováveis.

Destarte, considera claro que parte das operações consignadas na Infração 01 são abrangidas por isenção de ICMS, por se tratarem de aquisição 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 venda para entrega futura por remessas diversas (doc. 07.01) e das respectivas vendas adquiridas para entrega futura (doc. 07.02).

Menciona, que a planilha anexa (doc. 13) faz a relação de todas as notas de venda para entrega futura a que se referem cada uma das notas de remessas parciais.

Afirma que os bens em questão foram adquiridos para compor o ativo imobilizado da IMPUGNANTE para montagem de sua usina geradora de energia eólica, que são acobertados pela isenção de ICMS, por se configurarem como aerogeradores de energia eólica e as partes e peças que o compõem, e que os NCMs constantes das notas fiscais correspondem aos produtos nelas indicados que se configuraram como bens isentos de ICMS, nos termos dos itens VIII e XIII da Cláusula Primeira do Convênio 101/97.

Salienta, a título de argumentação, que mesmo que as mercadorias não estivessem albergadas pela isenção mencionada, ainda assim não caberia o recolhimento do ICMS na hipótese em tela, uma vez que os produtos foram adquiridos para integrar o ativo imobilizado da IMPUGNANTE, o que ensejaria o diferimento do ICMS com a posterior “dispensa de lançamento”.

Explica que o Estado da Bahia no art. 286, XXV, c/c § 13, III e § 15 do RICMS, estabelece o diferimento do ICMS na hipótese de aquisição de bens destinados ao ativo permanente de estabelecimento industrial, com a liberação do pagamento do imposto, se o bem permanecer no ativo pelo prazo de pelo menos 2 anos, e que o art. 287 dispensa a IMPUGNANTE de habilitação prévia para enquadramento no regime de diferimento de ICMS.

Pontua que a alegação acima embasa-se tanto nas notas fiscais referentes aos componentes dos aerogeradores (Doc. 07.1 e 07.2) quanto para as demais partes integrantes do ativo da empresa (Doc. 08), e apresenta imagem dos DANFEs 216 e 198, para amparar sua argumentação.

Cita, ainda, que a IMPUGNANTE foi habilitada aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (Resolução 033/2014 - doc.09).

Ressalta que o referido programa contemplou o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.

Por fim, reitera não haver justificativa à cobrança de diferencial de alíquota decorrente de Notas fiscais de Remessa em Locação, conforme os documentos que menciona abaixo:

Danfe de Remessa	Danfe de Retorno
1469	5
1470	4

Pontua que na locação de bens móveis não incide ICMS, justamente por ser operação na qual uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição, devendo restituí-la, finda a locação, no estado em que foi recebida.

Ratifica que, por qualquer ângulo que se analise as operações autuadas, não haverá ICMS a ser recolhido.

Questiona ainda a alíquota utilizada pelos autuantes, entendendo que não foi calculada com base na diferença entre a alíquota interna do estado de destino e a alíquota interestadual que seria devida na operação.

No que diz respeito à infração 02, reclama que a autuação cobra de ICMS sobre a remessa de vasilhames, sacarias e recipientes, embora acobertadas pela isenção prevista no Convênio 88/91.

Esclarece que as operações com embalagens, sacarias, vasilhames e recipientes quando não cobrados do destinatário e não computados no valor das mercadorias que acondicionem e desde que retornem ao remetente, são isentas do ICMS conforme dispõe o Convênio ICMS nº 88/91.

Assevera que quando não integrantes do custo das mercadorias que acondicionam, as operações com as mercadorias mencionadas são isentas do ICMS, bem como é isenta a respectiva operação de retorno, não tendo a legislação determinado qualquer prazo para que tais bens retornem ao remetente.

Cita que foram enviados à IMPUGNANTE vasilhames e sacarias, conforme notas fiscais de remessa anexas (Doc. 12.1), provenientes dos Estados de São Paulo e Ceará, nos meses de abril/2015 a outubro/2015.

Destaca que esses dois Estados (SP e CE), mais o da Bahia, adotaram internamente a isenção prevista no Convênio ICMS nº 88/91, e transcreve parte dos seus regulamentos.

Observa que a legislação referida não condiciona a isenção de ICMS sobre a remessa de vasilhames e sacarias a uma devolução com prazo certo.

Ressalta que a IMPUGNANTE, por ser uma indústria eólica, adquire equipamentos de grande porte que pesam muitas toneladas, e, portanto, demandam estruturas especiais de proteção para serem acomodados às carretas de transporte. Relata que tais bens ingressam no seu estabelecimento, ficando sob sua posse transitória, uma vez que a finalidade de tais produtos se exaure quando da entrega do bem no seu estabelecimento, já que não têm outra utilidade, tanto que são bens que não foram objeto de compra.

Frisa que na realidade tratam-se de produtos remetidos para acondicionar as pás eólicas, a fim de protegê-las durante todo o transporte (doc. 12.1), que, nessa medida, por se tratarem de operações de remessa de vasilhames e sacarias, são acobertadas pela isenção de ICMS prevista no Convênio ICMS 88/91, e no art. 265, XXX do RICMS/BA.

Afirma que os referidos bens retornaram aos remetentes que, por sua vez, emitiram as respectivas notas fiscais de entrada (notas de retorno anexas – 12.2), que bem comprovam que a IMPUGNANTE não permaneceu com os bens em questão em sua guarda ou posse, mas, do contrário, os devolveu à empresa remetente, estando as notas de remessa e retorno devidamente vinculadas, e cita a título de exemplo, a Nota Fiscal de Remessa – DANFE 9724 (doc.12.1) e a Nota Fiscal de Retorno – DANFE 11155 (doc.12.2).

Entende improcedente a exigência fiscal, mas diz que caso se julgue pela manutenção do crédito tributário, deve ser refeito o cálculo do ICMS, considerando, ao invés da alíquota interna do Estado da Bahia, a alíquota calculada com base na diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

Em seguida, dizendo que todas as operações questionadas constam com documentação probatória dos fatos geradores, e na hipótese de manutenção do crédito tributário, pelo fato do autuado não ter agido com má-fé, requer a aplicação do art. 42, I, da Lei Estadual nº 7.014, de 04.12.1996, com diminuição da multa combinada de 60% para 50%, nos termos do art. art. 42, I, da Lei Estadual supracitada.

A IMPUGNANTE suscita também a realização de perícia fiscal, citando o art. 145 do Decreto nº 7.629/99, e apresentando quesitos à fl. 45 (frente e verso) a serem respondidos pelo Perito Fiscal.

Conclui pedindo a extinção dos créditos tributários em lide, requerendo o que se segue:

- A) *Da nulidade da autuação, pela iliquidez do crédito tributário por contemplar a cobrança de DIFAL de ICMS sobre notas fiscais canceladas, sobre operações em que restou comprovado o pagamento do imposto e sobre operações em que houve a devolução das mercadorias e ainda sobre operações de locação; ou, caso assim não se entenda, que expurge do valor do crédito tributário os valores relativos às cobranças indevidas, conforme demonstrado (vide planilha – doc. 13);*
- B) *Da decadência dos créditos tributários relativos aos períodos anteriores a 29/12/2015;*
- C) *Do reconhecimento da não incidência de ICMS sobre:*
 - C.1) *a aquisição de aerogeradores, suas partes e peças, por se tratar de operação abrangida por regras de isenção e/ou de diferimento com dispensa de lançamento;*
 - C.1.1) *Na remota hipótese de rejeição do pedido acima, requer-se o ajuste das alíquotas suscitadas no Auto de Infração, para que sejam calculadas com base na diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.*
 - C.2) *Da isenção de ICMS nas operações envolvendo remessa e retorno de vasilhames e sacarias, uma vez que restou comprovado que as mercadorias não permaneceram no estabelecimento da IMPUGNANTE;*
 - C.2.1) *Na remota hipótese de rejeição do pedido acima, requer-se o ajuste das alíquotas suscitadas no Auto de Infração, para que sejam calculadas com base na diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;*
- D) *Em caso de manutenção do entendimento exposto no Auto de Infração ora impugnado, o que se admite por mero esforço de argumentação, requer a diminuição da multa combinada de 60% para 50%, nos termos do art. art. 42, I, da Lei Estadual nº 7.014, de 04.12.1996.*

Por fim, requer que todas as publicações sejam efetuadas em nome de TACIANA BRADLEY, inscrita na OAB-PE sob o nº 19.130, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 272, § 2º, do CPC13.

O autuante, Agilberto Marvila, em informação fiscal, às fls. 49/51, mantém a autuação.

No que diz respeito à infração 01, sustenta que não foi recolhido o ICMS diferença de alíquota nas entradas de bens e/ou materiais não beneficiados pela isenção prevista no Convênio ICMS nº 101/97.

Destaca que para usufruir do beneplácito as mercadorias devem, obrigatoriamente, atender aos ditames do referido Convênio ICMS Nº 101/97, devem estar relacionados com descrição e NCM, e não ser objeto de tributação do IPI ou tributado à alíquota zero.

No que tange à infração 02, ressalta que não se está questionamento a isenção prevista no art. 265, XXX, do RICMS, quanto aos materiais utilizados para acomodação e transporte dos equipamentos.

Explica que o fato concreto é que ocorreu entrada desses materiais sem o recolhimento do ICMS, uma vez que não são utilizados como sacaria, vasilhames e recipientes e não retornaram ao estabelecimento de origem.

Enfatiza que esta é condição *sine qua non* para o benefício da isenção da movimentação desses bens e/ou materiais e transcreve o teor do art. 265, XXX, do RICMS/2012:

“Art. 265. São isentas do ICMS:

...

XXX – as saídas de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria (Conv. ICMS 88/91):

a) quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicionarem, e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular;

b) em retorno ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular ou a depósito em seu nome, devendo o trânsito ser acobertado por via adicional da nota fiscal relativa à operação de que trata a alínea “a” deste inciso;

c) as saídas relacionadas com a destroca de botijões vazios (vasilhames) destinados ao acondicionamento de gás liquefeito de petróleo (GLP), inclusive derivado de gás natural, quando efetuadas por distribuidor de gás, como tal definido pela legislação federal específica, seus revendedores credenciados e pelos estabelecimentos responsáveis pela destroca dos botijões (Conv. ICMS 88/91), observado os procedimentos estabelecidos no Conv. ICMS 99/96;

Afirma que o autuado não comprovou o retorno desses materiais de acondicionamento e transporte no curso da ação, e nem mesmo na sua peça defensiva.

Ressalta que, até a conclusão da informação fiscal também não foi apresentado nenhum documento fiscal comprovando o retorno ao remetente. Aduz que nessas circunstâncias presume-se terem sido consumidos no estabelecimento.

Quanto à questão da “necessidade de correção da alíquota”, diz descaber qualquer comentário.

Ratifica que o autuado não comprovou o retorno dos bens que deram entrada no estabelecimento do material para acondicionamento e transporte dos bens que adquiriu.

Assinala que no mesmo sentido, não comprovou que os bens e/ou materiais referentes à infração 01 estão relacionados no Convênio ICMS Nº 101/97. Diz que não se tratam de mercadorias isentas e sim tributadas, ou seja, no campo da incidência do ICMS diferença de alíquota, uma vez que foram adquiridos para uso e/ou consumo do estabelecimento.

Ao final, requer a procedência do Auto de Infração.

Na sessão de Julgamento, foi realizada sustentação oral por videoconferência pela advogada, Drª. Maria Eduarda Simões, OAB/PE nº 24.079.

VOTO

Incialmente, verifico que descabe a arguição de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, uma vez que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Ressalto ainda, que o sujeito passivo pode exercer de forma plena o seu direito ao exercício do contraditório, diante, inclusive, do fato da peça apresentada analisar detidamente a autuação, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, não havendo do que se falar de cerceamento ao direito de defesa.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes os pressupostos

exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN, e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado pelo sujeito passivo, fica indeferido, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou for desnecessária, em vista de outras provas produzidas.

Em preliminar de mérito, o autuado suscita a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, relativamente ao período anterior a 29/12/2015, conforme disposto no § 4º do artigo 150 do CTN.

Sobre essa questão, a PROCURADORIA ESTADUAL (PGE/PROFIS), através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, firmou entendimento de que conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações e prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento do imposto em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

No caso concreto, apesar das infrações acusarem a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, verifica-se que as operações foram declaradas pelo contribuinte, e foram constatados recolhimentos do imposto no período questionado, a exemplo dos DAEs às fls. 25 – frente e verso.

Dessa forma, nos encontramos frente a lançamento de ofício corretivo dos atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte. A situação se enquadra perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN, ou seja, trata-se de hipótese de lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos, cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se à posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade. Nessa situação, a contagem do prazo decadencial tem início a partir da data de ocorrência dos correspondentes fatos geradores.

Considerando que o ato de lançamento formalizado através do presente Auto de Infração, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 29/12/2020, os fatos geradores anteriores 29/12/2015, foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados até 30/11/2015 na infração 01, e todo o período exigido na infração 02, ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V do CTN.

Portanto, como toda a infração 02 foi abrangida pela decadência, a análise do mérito ficará restrita ao período da infração 01 (31/12/2015 a 31/12/2016), não alcançado pelo referido instituto.

A infração 01 acusa a falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquota, nas aquisições de mercadorias destinadas a ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento não amparadas pela isenção prevista no Convênio ICMS 101/97.

A empresa autuada é uma Central Geradora de Energia Eólica, que para viabilizar o funcionamento de sua Central Geradora Eólica, adquiriu componentes e equipamentos.

Esclareceu o impugnante, que o aerogerador, objeto do Convênio, é a parte principal da estrutura da torre eólica, e que as aquisições de peças e componentes que formam o aerogerador 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.

Contudo, na planilha às fls. 18/19, elaborada pelo autuante, que contém o período não alcançado

pela decadência, constata-se que boa parte das mercadorias questionadas têm como NCMs 8502.31.00 e 7308.90.90, estando contemplados na isenção prevista no Convênio ICMS 101/97.

As demais mercadorias que apresentam outros NCMs, como 8481.80.99, 4011.10.00, tiveram suas notas fiscais canceladas, e as de NCM 8443.99.33 foram objeto de recolhimento, conforme documentos anexados pelo autuado na mídia à fl. 47.

Vale frisar que o autuante, em sua informação fiscal, não contestou as notas fiscais que foram canceladas, nem as que o autuado informou ter efetuado o recolhimento.

Pelo que dispõe o art. 140 do RPAF/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas.

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, por terem sido objeto de recolhimento do imposto, ou por terem sido canceladas.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0102/20-9**, lavrado contra **BARAÚNAS I ENERGÉTICA 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, 24 de setembro de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR