

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0078/20-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MUSSAMBÊ ENERGÉTICA S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JF nº 0151-04/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/03/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0002-11/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU 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 101/97. Acusação insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face do Acórdão nº 0151-04/21-VD, proferido pela 4ª JF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 29/10/2020, no valor histórico de R\$ 153.735,58, em razão da seguinte infração:

***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 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.

Após a conclusão da instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

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.

Analizando 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 exigiu 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.

A JJF interpôs Recurso de Ofício, nos termos do RPAF/BA.

Recebidos os autos, foram distribuídos a este relator para apreciação.

VOTO

Inexistindo questões preliminares e/ou prejudiciais a apreciar ou a suscitar de ofício, aprecio diretamente o mérito.

A controvérsia diz respeito à classificação fiscal de mercadorias que constituiriam partes e peças utilizadas no aproveitamento de energia solar e/ou eólica, atividade beneficiada com isenção do ICMS, conforme Convênio ICMS 101/97. O autuante entende que os itens objeto do lançamento não estão contemplados pela referida norma, e foram classificados equivocadamente pela autuada, valendo-se do NCM da mercadoria efetivamente isenta (85023100).

A JJF julgou o auto improcedente, por entender que a competência para desclassificar dados NCM constantes em documentos fiscais seria do Estado onde está estabelecido o fornecedor que os emitiu, e por consequência, mantida a classificação fiscal, reconheceu o direito à isenção prevista no Convênio ICMS 101/97, em favor da recorrente.

Não vejo motivos para reformar a decisão de primeiro grau, entretanto, entendo pela necessidade de prestar esclarecimentos adicionais sobre aspectos fáticos da discussão, que são necessários para uma melhor compreensão da conduta da contribuinte.

O exame do Auto de Infração em conjunto com a informação fiscal de fls. 101-104, demonstra que a preocupação do autuante era de que a autuada teria se valido de NCM diversa dos itens relacionados nos documentos fiscais, com o intuito de se aproveitar de isenção que não seria aplicável aos mesmos, caso classificados corretamente.

Neste ponto inclusive tem parcial razão, por que tais itens possuem NCM própria que é diferente daquelas expressamente indicadas no Convênio ICMS 101/97. Contudo, as classificações fiscais contidas na norma do CONFAZ somente se referem aos produtos completos, sem especificar de forma minudente as partes e peças que também estariam beneficiadas, conforme cláusula que se refere à presente discussão, abaixo transcrita:

Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com os produtos a seguir indicados e respectivas classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado - NCM/SH:

...
VIII - aerogeradores de energia eólica - 8502.31.00;

...
XIII - partes e peças utilizadas:

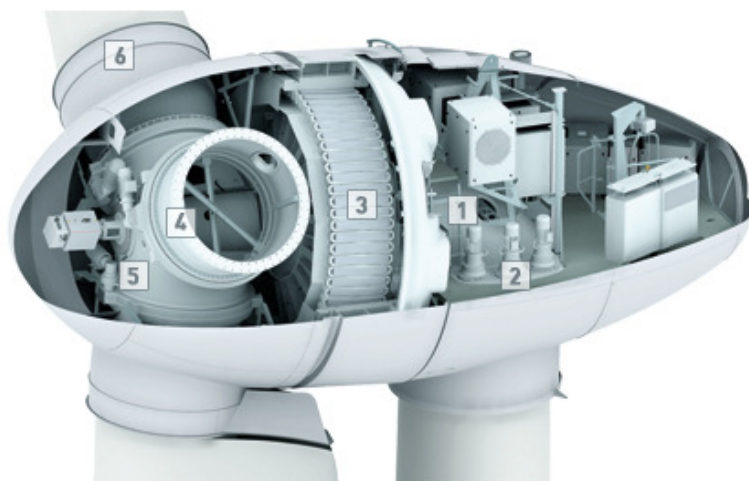
- a) exclusiva ou principalmente em aerogeradores, classificados no código 8502.31.00, em geradores fotovoltaicos, classificados nos códigos 8501.31.20, 8501.32.20, 8501.33.20 e 8501.34.20 - 8503.00.90;
- b) em torres para suporte de energia eólica, classificadas no código 7308.20.00 - 7308.90.90;

Observe-se que ao tratar das partes e peças, o Convênio remete ao NCM dos aerogeradores e geradores fotovoltaicos, como não deixa dúvidas a adoção do gênero masculino pelo termo “classificados”, de modo a indicar que sua concordância é com os termos “aerogeradores” e “geradores fotovoltaicos”, e não com a expressão “partes e peças utilizadas”. Note-se que na letra “b”, que se refere às torres para suporte de energia eólica, a situação não é a mesma.

Em outras palavras, o que se pode perceber, é que ao contrário do que entendeu a fiscalização, o Convênio ICMS 101/97 não possui lista exaustiva dos produtos beneficiados pela isenção que veicula, notadamente porque remete a peças e partes dos componentes ali expressamente

indicados, as quais, por sua vez, podem possuir classificação fiscal própria.

Neste ponto, surge a questão sobre qual seria o procedimento adequado que o contribuinte deve adotar quando o produto objeto da isenção, aerogerador neste caso, possui características que inviabilizam o seu transporte montado. A recorrente, em sua impugnação, trouxe as imagens que reproduzo abaixo para ilustrar a peculiaridade da operação logística de tais equipamentos.



De acordo com as informações contidas na página de onde foram extraídas as imagens (<http://www.wobben.com.br/produtos/produzidos-no-brasil/e-92-2350-kw/>), indicada na impugnação (fl. 17 dos autos), o rotor possui um diâmetro de 92 metros, o que supera as dimensões de uma aeronave Airbus A380, segundo informações do Atlas Eólico do Estado da Bahia, o qual ainda destaca que: *“As peças componentes dos aerogeradores vêm desmontadas de fábrica e são transportadas em caminhões até o local da usina”*, (http://www2.secti.ba.gov.br/atlasWEB/tecnologia_p2.html). Assim, cabe reconhecer, que ao estabelecer a isenção para os aerogeradores, bem como suas partes e peças, o Convênio ICMS 101/97 contemplou todos os itens presentes na estrutura, independentemente da forma como circulam, mas sim da sua *destinação*.

Neste particular, embora o lançamento das peças com o NCM do produto que compõem, que é o próprio aerogerador, possa não parecer a melhor prática, a falta de um procedimento específico não pode conduzir à taxação do contribuinte sem a devida comprovação de qualquer irregularidade, ou mesmo da tentativa de contornar preceitos legais, sobretudo quando comprovado que as notas de remessa parcial consideradas pela autuação indicavam expressamente o documento fiscal a que se referiam, e sem que tenha sido comprovado que os itens envolvidos possuíssem destinação distinta daquela existente no documento fiscal.

Logo, a decisão de primeiro grau deve ser mantida. Consequentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0078/20-0**, lavrado contra **MUSSAMBÊ ENERGÉTICA S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS