

PROCESSO	- A. I. Nº 269096.0007/20-7
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- DU PONT DO BRASIL S.A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0115-01/21-VD
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 10/03/2022

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0014-11/22-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto(s) em face do Acórdão nº 0115-01/21-VD proferido pela 1ª JJF deste CONSEF, julgando Improcedente o Auto de Infração lavrado em 23/12/2020 no valor histórico de R\$710.786,17, em razão da(s) seguinte(s) infração(ões):

*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.*

Após a conclusão da instrução processual, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

## 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, inexiste 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 nºs 1878 e 1882, foram emitidas erroneamente; que as notas fiscais nºs 1883, 1885 e 1896, tiveram suas mercadorias retornadas para o estabelecimento remetente, através das notas fiscais nºs 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 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 [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.*

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.

Observa-se nos documentos contidos nos autos que o lançamento possui como origem a entrada de diversas mercadorias como remessa de bens do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento. O autuante acrescentou à discriminação da infração:

*“Referente às entradas de alicates, água destilada, adaptador, 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 de liner, fita zebra, cone de sinalização, chave de parafuso, galão de combustível inox, pá, enxada, cortador de liner, alavanca, cavadeira, vassoura, serra, grifo, wap, marreta, vassourão, oring, tampa de madeira, bomba tornado, ‘Donnut’s’, caixa de luva de procedimento, caneco de trado, controlador MIP, colete refletivo, 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.”*

A intimação encaminhada pelo DTE (fl. 04) sugere que a ação fiscal não promoveu qualquer contato prévio com o contribuinte solicitando esclarecimentos acerca das possíveis irregularidades encontradas. O lançamento considerou as Notas Fiscais nºs 1878, 1882, 1883, 1885, 1886, 1887, 1889 e 1896, emitidas em 08/2017, embora o demonstrativo de fls. 07-16 relate os Documentos nºs 18396, 1933, 2034, 4847, 4045, 2170, 1517, 2676, 16692, 16693, 3437, 16811, 3441, 16844, 16849, 16892, 16893, 17079, 3510, 825712 e 18706 de outras competências.

A autuada, por sua vez, afirma que as Notas Fiscais nºs 1878 e 1882 foram emitidas por engano e, por este motivo, protocolou pedido de cancelamento extemporâneo junto à Secretaria da Fazenda do Estado de origem, conforme comprovante de fls. 116-117, apontando que as mercadorias indicadas naquele documento circularam com a Nota Fiscal nº 1883, emitida corretamente.

Em relação às demais notas, afirma que contratou a empresa emitente para prestação de serviços de sondagem e instalação de poços de monitoramento, o que auxiliaria a consecução de sua atividade econômica. Assim, os documentos fiscais serviriam para acobertar a remessa de maquinário específico, integrante do ativo da contratada, para prestação de serviço fora do seu estabelecimento, retornando posteriormente, além de insumos e equipamentos para realização da obra, sem transferência de titularidade, apontando que as mercadorias indicadas nas Notas Fiscais nºs 1883, 1885 e 1896 teriam retornado acobertadas pelas Notas nºs 3303, 3302 e 3343 de fls. 154-168.

Destacou ainda que os bens que não retornaram foram consumidos pela prestadora, na execução de atividade tributada pelo ISS, conforme notas fiscais de prestação de serviços de “obra de perfuração e sondagem” constantes às fls. 120-132, ressaltando ainda que somente a Nota Fiscal nº 1883 corresponde à praticamente metade da base de cálculo observada pela autuação.

A JJF acolheu a impugnação apresentada por vislumbrar que os documentos fiscais indicavam a remessa de bens do ativo para uso fora do estabelecimento, informação também lançada nos dados adicionais onde também se verifica os endereços onde o serviço seria prestado. Além disso, a autuada não possuiria o serviço de sondagem nas suas atividades cadastradas na SEFAZ, sendo que os itens de maior valor financeiro corresponderiam exatamente a esse tipo de serviço. Levou ainda em consideração que o autuante optou por não emitir opinião quanto à alegação de cancelamento das Notas nºs 1878 e 1882, mencionando que esta informação não estaria registrada na EFD ou no banco de dados da SRFB e do Estado da Bahia.

Analizando as provas contidas nos autos, a conclusão que se chega é de que a JJF agiu corretamente ao julgar o auto improcedente. Apesar do trabalho desenvolvido pelo autuante, as provas nos autos não confirmam a presunção que motivou a autuação. Inicialmente, destaco que, pela leitura da informação fiscal de fls. 171-175 compreende-se que a existência de bens considerados de uso e/ou consumo induziu a fiscalização a desconsiderar os demais elementos dos documentos fiscais, sobretudo por entender que a autuada não demonstrou o retorno das mercadorias.

Neste sentido, cabe apontar aqui que, embora a tese defensiva tenha sido acolhida pela primeira instância, aparentemente passou despercebido pela JJF as peculiaridades pertinentes à linha temporal dos fatos discutidos nestes autos, haja vista que essas informações não constam do acórdão recorrido.

Por exemplo, as Notas Fiscais nºs 1878 e 1882 foram emitidas em 21/08/2017 e 25/08/2017, respectivamente (fls. 134 e 135). Entretanto, o pedido extemporâneo do seu cancelamento somente ocorreu em 03/02/2021, conforme comprovante de protocolo de fls. 116, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 23/12/2020, o que implica reconhecer que o autuante agiu corretamente naquele instante.

Destarte, as afirmações da informação fiscal, prestada em 21/05/2021, acerca da inexistência de

informação na EFD e nas bases federais e estaduais também não possui equívocos, seja pela possível impossibilidade de retificação unilateral de tais declarações fora dos prazos previstos na legislação, seja porque o cancelamento de ambas as notas fiscais somente veio a se concretizar em 17/08/2021, conforme se pode constatar em consulta junto ao fisco paulista (<https://nfe.fazenda.sp.gov.br/ConsultaNFe/consulta/publica/ConsultarNFe.aspx>).

O que não se pode negar é que ambos os documentos se encontram cancelados atualmente, conforme destaco abaixo.

- Nota Fiscal nº 1878 (chave de acesso 35170809629907000199550010000018781000065800)

Chave de acesso	Número NF-e	Versão XML
35-1708-09.629.907/0001-99-55-001-000.001.878-100.006.580-0	000.001.878	3.10
<b>NOTA FISCAL ELETRÔNICA CANCELADA</b>		
<b>Dados da NFe</b>		
<b>Natureza da operação</b> REMESSA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO PARA USO FORA DO ESTABEL	<b>Tipo da operação</b> 1 - Saída	<b>Chave de acesso</b> 35-1708-09629907000199-55-001-000001878-100006580-0
<b>Modelo</b> 55	<b>Série</b> 1	<b>Número</b> 1878
		<b>Data/Hora da emissão</b> 21/08/2017 13:55:00-03:00
<b>Emitente</b>		
<b>CNPJ</b> 09.629.907/0001-99	<b>IE</b> 147334467115	<b>Nome/Razão Social</b> ARAGON PERFURAÇÕES E SONDAZENS LTDA
<b>Município</b> Sao Paulo		<b>UF</b> SP
<b>Destinatário</b>		
<b>CNPJ</b> **.***.929/0021-12	<b>IE</b> *****8623	<b>Nome/Razão Social</b> DuPo***
<b>Município</b> Camacari		<b>UF</b> BA
		<b>País</b> BRASIL

- Nota Fiscal nº 1882 (chave de acesso 35170809629907000199550010000018821000065803)

Chave de acesso	Número NF-e	Versão XML
35-1708-09.629.907/0001-99-55-001-000.001.882-100.006.580-3	000.001.882	3.10
<b>NOTA FISCAL ELETRÔNICA CANCELADA</b>		
<b>Dados da NFe</b>		
<b>Natureza da operação</b> REMESSA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO PARA USO FORA DO ESTABEL	<b>Tipo da operação</b> 1 - Saída	<b>Chave de acesso</b> 35-1708-09629907000199-55-001-000001882-100006580-3
<b>Modelo</b> 55	<b>Série</b> 1	<b>Número</b> 1882
		<b>Data/Hora da emissão</b> 21/08/2017 13:55:00-03:00
<b>Emitente</b>		
<b>CNPJ</b> 09.629.907/0001-99	<b>IE</b> 147334467115	<b>Nome/Razão Social</b> ARAGON PERFURAÇÕES E SONDAZENS LTDA
<b>Município</b> Sao Paulo		<b>UF</b> SP
<b>Destinatário</b>		
<b>CNPJ</b> **.***.929/0021-12	<b>IE</b> *****8623	<b>Nome/Razão Social</b> DuPo***
<b>Município</b> Camacari		<b>UF</b> BA
		<b>País</b> BRASIL

Quanto aos itens remanescentes, não há dúvidas de que as mercadorias indicadas nas Notas Fiscais nºs 1883, 1885 e 1896 teriam retornado acobertadas pelas Notas nºs 3303, 3302 e 3343 de fls. 154-168, pois, além de emitidas pela mesma remetente e reproduzir a mesma discriminação dos itens anteriormente remetidos, indicam expressamente os documentos fiscais aos quais, aqueles retornos se referem, nos seus dados adicionais, não havendo razão para questionar sua higidez.

Em complemento, as notas fiscais de prestação de serviços de fls. 120-132, além de comprovar o

negócio jurídico sujeito à competência tributária municipal, entre a autuada e a remetente das mercadorias autuadas, ao menos no período entre fevereiro e dezembro de 2017 (e a autuação se reporta a fatos geradores ocorridos apenas em 08/2017), também revela que a mão de obra correspondia apenas a uma fração do valor total dos documentos fiscais emitidos, conforme informações contidas nos campos de discriminação dos serviços, de modo a reforçar a alegação de existência de prestação de serviços com material remetido pelo prestador para consecução da atividade e que, por consequência lógica, comprehende não apenas equipamentos que compõem seu ativo imobilizado como eventuais materiais de uso e/ou consumo necessários para sua utilização.

Ainda assim, é oportuno destacar que, respeitada a limitação do lançamento apenas à competência 08/2017, somente remanesceriam sem comprovação de retorno as mercadorias referidas nas Notas Fiscais nºs 1886, 1887 e 1889. Tratam-se, entretanto, de documentos que se referem a um mesmo item, descrito como “XSD PROBE ASSEMBLY”, cujo valor de cada operação seria R\$3.600,00 importando em um total de ICMS-DIFAL de R\$2.370,72 importância inferior a 0,4% do valor da autuação.

Logo, entendo que está correta a decisão proferida pela JJF, motivo pelo qual 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 **269096.0007/20-7**, lavrado contra **DU PONT DO BRASIL S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS