

A. I. N° - 298628.0890/22-8
AUTUADO - VOITH HIDRO LTDA.
AUTUANTE - DJALMIR FREIRE DE SÁ
ORIGEM - DAT METRO - IFMT
PUBLICAÇÃO INTERNET – 26/05/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0086-03/23-VD

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFAL. REMESSAS DE BENS A PESSOA NÃO INSCRITA NO CADASTRO DO ICMS. EMENDA CONSTITUCIONAL 87/2015. Restou comprovado, que as operações autuadas envolveram simples remessas interestaduais de mercadorias por conta e ordem de terceiro. Em sede de informação fiscal o Autuante reconheceu que as provas documentais trazidas ao processo pelo sujeito passivo, evidenciam a natureza da operação e elidem a autuação. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/10/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 285.623,01, acrescido da multa de 60%, em razão da Infração - **062.001.002**. Falta de recolhimento do ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC nº 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final - contribuinte ou não - localizado neste Estado.

Consta como complemento: “Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre mercadorias constantes nos Danfes de nºs 90337 e 90338, referente ao Diferencial de Alíquota, conforme consolidado pela Lei Complementar Federal nº 190/2022, devido ao fato dos destinatários das mercadorias não ser contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, de acordo com o Termo e Ocorrência Fiscal nº 2174491153/22-9, em anexo.”

O Autuado impugna o lançamento às fls. 22 a 35, por meio de seus patronos com Procuração às fls. 38 a 41. Depois de observar a tempestividade, articula suas razões de defesa a seguir resumidas.

Observa inicialmente que a operação objeto da autuação para cobrança de ICMS-DIFAL, trata da remessa de mercadorias para a destinatária final CHESF, por conta e ordem da adquirente originária JPW Engenharia Elétrica Ltda.

Assinala que a referida exigência não pode prosperar, sendo o presente Auto de Infração improcedente por se tratar de simples remessa pela Voith (Defendente); venda à ordem pela JPW à CHESF.

Frisa que se extrai da “Descrição da Infração” que o Autuante entendeu que houve falta de recolhimento do ICMS incidente sobre as mercadorias transportadas à Bahia por meio das DANFES nºs 90337 e 90338 (Doc. 03), referente ao Diferencial de Alíquota - DIFAL, nos termos da Lei Complementar n.º 190/2022, em razão de o destinatário Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF (CNPJ 33.541.368/0321-58) estar localizado no Estado da Bahia.

Acrescenta que a mercadoria era destinada à empresa JPW Engenharia Elétrica LTDA. - JPW (CNPJ 12.580.932/001-30), localizada no Estado do Rio Grande do Norte (adquirente originário), mas com

o destino físico sendo o canteiro de obra da CHESF de Dias D'ávila, na Bahia, motivo pelo qual seria devido o DIFAL ao Estado da efetiva entrada física da mercadoria (Bahia), nos termos do art. 11, § 7º, a LC 190/22.

Registra que na condição de simples remetente da mercadoria, por conta e ordem da JPW, foi autuado indevidamente, pois, trata-se de operação de venda à ordem pela empresa JPW de mercadorias à CHESF (Notas Fiscais de nºs 1006 e 1007 - Doc. 04), mercadorias essas que foram entregues mediante simples remessa e diretamente pela Voith, por conta e ordem da JPW (operação triangular).

Afirma que a operação de venda das mercadorias à CHESF foi efetivamente realizada pela empresa JPW, sediada no Rio Grande do Norte (Notas Fiscais Venda 1006 e 1007), com o devido destaque de ICMS.

Destaca que nas Notas Fiscais de venda das mercadorias pela empresa JPW à CHESF, já constou, desde o início, que as mercadorias seriam entregues à CHESF pela Voith (por conta e ordem da JPW).

Revela que quando do transporte das referidas mercadorias da Voith (remetente) à CHESF (destinatária final), essas foram paradas no Posto Fiscal de entrada no Estado da Bahia por suposta ausência de recolhimento do DIFAL (e-mail anexo - Doc. 05). E que, na ocasião verificou-se então que o transporte foi realizado indevidamente apenas com as DANFES da venda nºs 90337 e 90338 (mencionado Doc. 03) e objeto de autuação. Todavia, informa que os DANFES de nºs 90427 e 90428 - Doc. 06, de remessa por conta e ordem foram devidamente emitidos, e apresentadas ao Posto Fiscal.

Frisa que, após esses esclarecimentos prestados ao Posto Fiscal e a apresentação das DANFES de simples remessa, a mercadoria foi liberada, à época, com a notícia do suposto cancelamento do Auto de Infração e da respectiva guia de pagamento (e-mail anexo CAMAÇARI - ÚLTIMO TRANSPORTE - URGENTE carga parada no posto fiscal BA - mencionado Doc. 05).

Diz que, dessa forma, foi surpreendido com o recebimento, meses depois, do referido Auto de Infração, que havia sido, supostamente, cancelado.

Reafirma que como visto, desde a época da retenção das mercadorias em trânsito na fronteira Baiana, informou a Defendente que a operação da Voith era de simples remessa, ou seja, a mera entrega ao destinatário final CHESF em razão da venda realizada pela JPW.

Sustenta ser incabível a exigência de DIFAL na simples remessa a destinatário final, única operação que praticou.

Assevera restar demonstrado que, desde o início da análise da operação, a Defendente sempre informou que a sua operação se tratava meramente de simples remessa ao destinatário final CHESF, por conta e ordem, em razão da venda realizada pela JPW (adquirente originário) que foi quem realizou efetivamente a operação tributada, nos termos da legislação.

Destaca que o próprio RICMS-BA/12, em seu art. 340, que trata da operação de venda à ordem e da remessa por conta e ordem de terceiro, prevê expressamente que a operação tributada é a venda realizada pelo adquirente originário (JPW), e não a simples remessa (pelo vendedor remetente – Voith) ao destinatário final das mercadorias.

Frisa que o referido artigo do RICMS/BA encontra fundamento e parcialmente reproduz o art. 40, § 3º, do Convênio S/N de 1970, que prevê a tributação pelo Vendedor (adquirente originário JPW) na venda da mercadoria e jamais pelo operador da simples remessa.

Repisa assinalando que, como simples remetente da mercadoria por conta e ordem jamais deveria ter recolhido qualquer ICMS DIFAL na operação de simples remessa de mercadorias à CHESF (Bahia), inexistente, sequer, legitimidade passiva para sofrer qualquer autuação.

Arremata frisando que de fato, em razão de a simples remessa por conta e ordem não configurar operação tributada e essa ter sido a única operação que realizou, resta patente sua ilegitimidade para figurar em qualquer auto de infração para cobrança de ICMS DIFAL.

Declara a Defendente, que a matéria impugnada ora em discussão não foi objeto de questionamento judicial.

Requer a realização de sustentação oral, nas hipóteses permitidas na legislação.

Conclui pugando pela improcedência do Auto de Infração.

O Autuante presta informação à fl. 54, destacando, inicialmente, que o Autuado em sua conclusão declarou ter demonstrado de forma inequívoca a impropriedade da autuação, em razão de ter realizado mera remessa por conta e ordem (operação não tributada) à CHESF localizada na Bahia e requereu o provimento de sua defesa para julgar improcedente o presente Auto de Infração em sua totalidade anulando o lançamento do tributo e multa e que fosse remetido o presente processo ao arquivo.

Conclui asseverando que concorda com as alegações do impugnante.

O Patrono do Autuado Dr. Marcelo Miranda Dourado Fontes Rosa, OAB/SP nº 247.111, em sustentação oral na assentada do julgamento, reafirmou todos os argumentos alinhados na Defesa.

VOTO

De início, consigno que ao compulsar os presentes autos, verifico, no que diz respeito aos aspectos formais do lançamento, que o presente Auto de Infração foi lavrado de acordo com o que dispõem o art. 39, do RPAF-BA/99 e o art. 142, do Código Tributário Nacional - CTN. Por isso, e não ocorrendo qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e o processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, além de não restar configurado nos autos, qualquer dos pressupostos de nulidades previstos na legislação de regência, precipuamente os elencados no art. 18, do RPAF-BA/99, inexistente no presente PAF, qualquer elemento que pudesse inquiná-lo de nulidade.

No mérito, o Auto de Infração em lide, é composto de uma única imputação, falta de recolhimento do ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC nº 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final - contribuinte ou não - localizado neste Estado.

O Impugnante, em sede de defesa, explicou que, como simples remetente da mercadoria por conta e ordem, conforme Danfes de nºs 90427 e 90428 que acosta aos autos às fls. 30 e 31, jamais deveria ter recolhido qualquer ICMS Difal, na operação de simples remessa a CHESF (Bahia), não sendo sequer legitimada passiva para sofrer qualquer autuação.

O Autuante ao para proceder à Informação, fl. 54, depois de examinar os argumentos e documentos apresentados pelo Autuado, reconheceu que as provas documentais trazidas ao processo pelo sujeito passivo, evidenciam a natureza da operação e elidem a autuação, declarando que concorda com os argumentos do Impugnante.

Depois de compulsar os elementos que compõem o contraditório instalado nos presentes autos, constato que os Danfes de nºs 90337 e 90338, às fls. 07 e 08, respectivamente, discriminam a vendas de mercadorias que realizou para a empresa JPW Engenharia Elétrica LTDA e os Danfes de nºs 1006 e 1007, fls. 26 e 27, relativos à venda da JPW Engenharia Elétrica LTDA, para a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco, operações essas que deram aso a emissão dos Danfes de nº 90427 e 90428, fls. 30 e 31 que lastreia a operação de remessa por conta e ordem, objeto da autuação.

Assim, entendo que assiste ao Autuante ao acatar as alegações da Defesa, uma vez restar evidenciado nos autos, que as operações objeto da autuação se trata de simples remessa por conta e ordem de terceiro (operação não tributada) à CHESF localizada neste Estado.

Logo, ante o expendido, resta patente nos autos que a acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC nº 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final - contribuinte ou não - localizado neste Estado, não restou caracterizada.

Concluo pela insubsistência da autuação.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298628.0890/22-8**, lavrado contra a **VOITH HIDRO LTDA.**

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do item 1, da alínea “a”, do inciso I, do art.169, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA