

A. I. N° - 279757.0081/20-1
AUTUADO - MORRO BRANCO I ENERGÉTICA S/A
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA E MARCO AURÉLIO FERREIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 30.11.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0206-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFAL. **a)** AQUISIÇÕES DE ATIVOS FIXOS. Produtos alcançados pela autuação (aerogeradores, suas partes e peças) estão protegidos pela isenção nas saídas. Logo, não cabe a cobrança do diferencial de alíquota. Precedentes deste Conselho. Irregularidade improcedente. **b)** AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Produtos alcançados pela autuação servem para acondicionar o transporte e montar as mercadorias adquiridas pelo autuado. Demonstrado durante a instrução que referidos itens retornam para a origem, inclusive em operação triangular. Irregularidade improcedente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cabe inicialmente registrar que o presente relatório obedece às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, mormente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, especialmente direcionado para as sessões virtuais de julgamento.

O lançamento de ofício em tela, lavrado em 29.10.2020, no total histórico de R\$ 107.893,12, apresenta em outras palavras o seguinte descriptivo:

Infração 01 - 06.05.01 – Falta de pagamento da diferença de alíquota (DIFAL), nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo e para consumo do próprio estabelecimento.

Produtos não amparados pela isenção prevista no Conv. ICMS 101/97, com NCM declarado nas notas fiscais em desacordo com a legislação tributária.

Cifra de R\$ 46.973,40.

Fatos geradores ocorridos em novembro e dezembro de 2015, janeiro a março e setembro de 2016.

Fundamentação legal e valores consolidados por mês se encontram no corpo do auto de infração.

Infração 02 - 06.05.01 – Falta de pagamento da diferença de alíquota (DIFAL), nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo e para consumo do próprio estabelecimento.

Produtos são embalagens e materiais de acondicionamento (dispositivo de cimento, suporte da coroa do rotor, twist lock, dispositivo H de aço, adaptador de aço), amparados pela isenção prevista no Conv. ICMS 88/91, mas sem comprovação de retorno para o estabelecimento remetente.

Cifra de R\$ 60.919,72.

Fatos geradores ocorridos em janeiro a março e maio de 2016.

Fundamentação legal e valores consolidados por mês se encontram no corpo do auto de infração.

Entre outros documentos, foram anexados ao lançamento de ofício, nesta ordem (fls. 05/11): termo de início de fiscalização com ciência, demonstrativos analíticos e sintéticos das irregularidades. Não há CD com arquivos digitais.

Na sua impugnação (fls. 17/27, frente e verso), o contribuinte:

Esclarece ser uma central geradora de energia eólica, logo produz energia elétrica e a “injeta” (sic.) na rede de transmissão e distribuição para depois ser consumida. Ao ser gerada, a energia transita por linhas de transmissão de alta tensão. Para diminuir e referida tensão, a energia é submetida a subestações para redução de potência, através das distribuidoras.

Nesse contexto, por estar no início da cadeia de produção e consumo, necessita usar a rede básica de transmissão, tendo firmado contrato de uso do sistema de transmissão (CUST) com o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e as concessionárias de transmissão.

E também adquire componentes e equipamentos para viabilizar o funcionamento de sua central geradora eólica, sendo inclusive beneficiária do *Programa Desenvolve Bahia*.

Quanto à infração 01, delata que as mercadorias objeto da autuação tratam de aerogeradores de energia eólica, assim como suas partes e peças integrantes, imagens coladas à peça processual tiradas do site do fornecedor (fl. 19), conforme aponta em descriptivos colhidos de documentos fiscais de venda para entrega futura e respectivas remessas parciais.

Na nota fiscal de venda faturou-se o aerogerador, com a isenção prevista no Conv. ICMS 101/97, cláusula primeira, itens VIII e XIII, reverberada no art. 264, XIX, do RICMS-BA, ao passo que as remessas respectivas corresponderam às suas partes e peças. A fiscalização tratou tais remessas como se fossem peças separadas, considerando-as com NCMs diversos, mas que na verdade compõem o equipamento atrás referenciado.

Ademais, mesmo que por absurdo tais mercadorias não estivessem isentas, tratam-se de bens do ativo imobilizado, com o benefício do diferimento na entrada, com posterior dispensa de pagamento, quando da sua desincorporação, conforme comandos dos arts. 286, XXV e §§ 13, III, e 15, c/c o art. 287, § 1º, todos do RICMS-BA.

Em terceiro lugar, goza do benefício do *Desenvolve*, o qual lhe concede o diferimento e dispensa de pagamento do diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de bens do ativo fixo, consoante art. 1º, III, da Resol. 032/2014, expedida pelo Conselho Deliberativo do programa.

Complementarmente, ainda a respeito desta irregularidade, atenta que a alíquota interna considerada pelo fisco discrepou dos percentuais vigentes à época de alguns meses alcançados na autuação, conforme art. 15, I da Lei 7.014/96.

Quanto à infração 02, argumenta que as mercadorias envolvidas são materiais acondicionadores que retornam ao estabelecimento remetente, não cobrados do destinatário nem computados no valor do produto acondicionado, logo isentas do ICMS, de modo que não se submetem à DIFAL.

Assim, enquadram-se na hipótese do Conv. ICMS 88/91, cláusula primeira, comando repetido nas legislações da Bahia, Ceará e São Paulo, unidades federativas envolvidas nas operações, em todas elas sem previsão de prazo certo para retorno dos materiais acondicionadores.

Adverte que os recipientes de transporte das pás eólicas, fornecidas pelas empresas *wobben* e *Engebasa*, acabaram para elas retornando, consoante notas fiscais de ida e volta apensadas aos autos.

Em complemento, ainda a respeito desta irregularidade, atenta que, se por absurdo, for mantida a exigência tributária, a alíquota interna considerada pelo fisco discrepou dos percentuais vigentes à época de alguns meses alcançados na autuação, conforme art. 15, I da Lei 7.014/96.

Subsidiariamente, solicita a correção da multa proposta de 60% para 50%, por ser o enquadramento correto o previsto no art. 42, I da Lei 7.014/96, por não ter agido de má-fé, inclusive com emissão dos documentos fiscais exigidos na legislação de regência.

Postula execução de perícia fiscal, para aferição da matéria de fato, apresentando três quesitos, com nomeação *a posteriori* de assistente técnico.

Pede, ao final, efetuação das próximas publicações em nome da advogada qualificada no final da peça impugnatória, sob pena de nulidade.

Juntados pela defendant, entre outros documentos (fls. 28/112): instrumentos de representação legal, Port. MME 53/14, CUST 050/2015, DANFEs e Resol 032/2014.

No seu informativo fiscal (fls. 114/120), os autuantes:

Ponderam que a NF 59374 (aerogerador) não está relacionada na cobrança.

Observam que o produto *SIKA Grout AC 25 kg saco* não constitui parte ou peça do citado equipamento, sendo uma argamassa, conforme descritivo e imagem levados ao PAF (fl. 115). Logo, está fora da isenção alegada.

A respeito do produto denominado *plataforma de carenagem*, ponderam que não se trata de parte ou peça do aerogerador propriamente dito, mas integra a torre de concreto que suporta o citado equipamento. Isto não autorizaria o autuado usar a NCM prevista para isenção, pois tem uma outra classificação fiscal.

Observam que o benefício do *Desenvolve* apenas garante o diferimento nas aquisições de bens do ativo fixo, não sendo este o caso da autuação, pois as mercadorias alcançadas são materiais de uso e consumo.

Arrematam dizendo o seguinte, para a infração 01, no final da petição: i) a autuada não verificou o requisito da correta adequação da classificação fiscal da mercadoria à descrição prevista no Conv. ICMS 101/97, inclusive no que toca à finalidade específica; ii) a autuada não verificou o requisito da previsão como mercadoria isenta, nos termos do Conv. ICMS 101/97; iii) a autuada não verificou o requisito da conformidade do segmento ao qual a mercadoria pertence, na forma do Conv. ICMS 101/97.

Quanto a correção das alíquotas, declaram que aplicaram o comando contido no art. 17, XI, e § 6º, do RICMS-BA, para fins de cálculo da DIFAL, de sorte que a autuada não provou terem os autuantes se desviado das normas mencionadas.

No que tange à infração 02, pontuam que a defendant não comprovou o retorno das mercadorias, nos moldes do art. 265, XXX, do regulamento baiano, cuja entrada suscitou a exigência do diferencial de alíquota. A emissão de notas fiscais de retorno pelo próprio remetente, sem comprovação do transporte, não elimina a irregularidade. O certo seria a impugnante emitir uma nota fiscal de devolução, até porque tem inscrição estadual ativa no cadastro baiano, nada impedindo que assim procedesse.

Consideram despicienda a realização de perícia fiscal, inclusive respondendo aos quesitos formulados na peça de defesa.

Sob outra relatoria, a 5ª JJF converteu o PAF em diligência (fls. 125/126) no sentido de, por parte do autuado: a) apresentar declaração dos fornecedores dos aerogeradores discriminando as partes e peças que os compõem; b) juntar o DANFE 62048; c) juntar o contrato no qual conste o dever do fornecedor montar o aerogerador, ficando responsável por transportar suas partes e peças até o local de sua montagem e entregá-lo ao destinatário pronto para uso; d) obter do fornecedor as vias dos documentos fiscais de retorno das sacarias e embalagens com a chancela dos postos fiscais de retorno; e) apensar cópias dos registros de entradas onde se comprove o retorno das mercadorias referidas no item d).

E, por parte dos autuantes: 1) após atendimento do item e), retro, produzirem novo informativo fiscal; 2) caso haja mudanças nos valores cobrados inicialmente, em face dos novos elementos instrutórios trazidos aos autos, elaborarem novo demonstrativo analítico; 3) após atendimento do item c), retro, produzirem informações especificamente sobre este ponto.

Em resposta (fls. 132/140), o sujeito passivo:

Anexa declaração dos fornecedores dos aerogeradores, cópia da NFe 62048 e do contrato de montagem das partes e peças do equipamento atrás citado, aduzindo adicionalmente, além do já argumentado na defesa inicial, que a *Wobben* prestou declaração relacionando todos os materiais necessários para o processo de instalação e montagem dos aerogeradores, na linha do já decidido pela 4ª JJF no PAF 279757.0078/20-0. Assim, em todas as notas fiscais de remessas parciais, há referência de que se tratam de mercadorias vinculadas à nota fiscal de simples fatura do aerogerador completo.

Adita, *ad cautelam*, na hipótese de manutenção da cobrança, que se considere a diferença de alíquota e não ela toda, *cheia*, prevista para a operação interna como erroneamente quantificado pelo fisco.

Sobre a infração 02, contrapõe o argumento estatal dizendo que, segundo o próprio Conv. ICMS 88/91, cláusula segunda, ou a própria via adicional da nota fiscal de saída dos recipientes serve para acobertar o seu retorno ou o remetente pode emitir nota fiscal de entrada.

Juntados pela contestante, entre outros documentos (fls. 142/262), declaração do fornecedor *Wobben*, como anexo a esta declaração lista de materiais usados na montagem dos aerogeradores, Danfe 62048, contrato de montagem, planilha de notas fiscais comprovando o retorno dos recipientes e outros Danfes.

No novo informativo (fls. 264/273), os autuantes:

Assinalam que a autuada constitui unidade produtiva geradora de energia elétrica e não é habilitada para operar no regime de diferimento para aquisições de bens do ativo fixo.

Encartam todo o teor do Conv. ICMS 101/97.

Lembram o conteúdo do art. 111, II do CTN, de modo que só estariam dentro da isenção as mercadorias que estivessem claramente descritas no citado acordo interestadual.

Acerca da infração 02, reconhecem parcialmente os retornos, rechaçando algumas notas fiscais porque não mencionam nos dados adicionais a nota fiscal de ida. Neste sentido, refazem o cálculo da cobrança, descendo o valor para R\$ 44.577,80.

Apensado novo demonstrativo (fls. 274/275).

Em sua tréplica (fls. 281/290), a empresa:

Reitera as suas razões anteriores e adverte que a resposta do fisco é apenas genérica, sem manifestação específica dos documentos acostados e, sobre a infração 02, ainda observa que: (i) há notas fiscais de remessa de recipientes emitidas pela *Wobben*, cujos retornos foram acobertados por notas fiscais de entrada também expedidas pela fornecedora; (ii) há notas fiscais de remessa emitidas pela *Engebasa*, cujos recipientes foram enviados pela *Wobben*, sendo que a primeira os enviou para a autuada por conta e ordem desta última, cujo retorno se deu através das próprias notas fiscais de remessa. As notas fiscais emitidas pelos fornecedores foram coletadas dentro do possível, visto que a defendente não possui poder de polícia para exigir das empresas a documentação.

Razões reiterativas da fiscalização (fl. 298).

PAF redistribuído para esta relatoria (fl. 300).

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória adicional, inclusive diligência ou perícia.

É o relatório.

Passo, então, a compartilhar o meu voto

VOTO

Apesar de não constarem preliminares levantadas neste PAF, vale enfatizar que o Auto de Infração cumpre os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude formal, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal e a previsão normativa da multa proposta, além da assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo programa denominado Sistema de Lançamentos de Créditos Tributários - SLCT.

Impugnação ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa ou defeitos de representação legal para o signatário da peça contestatória funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Indefere-se qualquer pedido adicional de diligência ou perícia, haja vista constarem dos autos os elementos de prova necessários ao desate da questão.

Vale salientar de início que não consta dos autos arquivos digitais das principais peças processuais, inclusive demonstrativos, o que dificultou sobremaneira a consulta dos dados e informações necessárias à apreciação da matéria.

Uma questão processual procedural é de ser avaliada inicialmente: trata-se do pedido de endereçamento das próximas comunicações processuais em nome do subscritor da peça impugnatória, sob pena de nulidade.

Havendo aparato operacional para que tal providência seja tomada, seria de bom alvitre que os comunicados processuais **também** fossem em nome da signatária da peça impugnatória.

Todavia, a falta desta providência em absoluto poderá acarretar a nulidade do processo ou dos atos correlatos a ela.

Isto porque o RPAF baiano e a Lei 3.956/81 possuem normas específicas, de aplicação direta, estas sim de caráter vinculativo, como preferenciais para servirem de lastro quanto a dar ciência ao sujeito passivo das intimações efetivadas no processo.

Quando o contribuinte apresenta domicílio tributário eletrônico (DT-e) ao Estado da Bahia, fica sendo este o canal de comunicação oficial tanto para envio como para recebimento das comunicações administrativas processuais, extraprocessuais e procedimentais envolvendo os impostos estaduais. A ciência – expressa ou tácita – indica que o sujeito passivo tomou regular conhecimento do conteúdo da intimação, admitida sempre a demonstração cabal em contrário.

Nada impede que o Estado opte por outra via, ou simultaneamente por mais de uma delas, mas tal decisão sempre caberá ao sujeito ativo, na esteira do art. 127 do CTN, diante da opção exercitada pelo contribuinte, à vista das inovações tecnológicas hoje existentes. Trata-se da regra mitigada do domicílio de eleição.

Esta é a melhor interpretação que se colhe dos arts. 108 e 109 do RPAF-BA:

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, **independentemente da ordem**.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

§ 2º A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

II - no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;

III - no dia útil seguinte após o prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo

§ 4º O prazo indicado no inciso III do § 3º:

Nota: O § 4º foi acrescentado ao art. 108 pelo Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/01/15.

I - será contínuo, excluindo-se, na sua contagem, o dia do envio da comunicação e incluindo-se o do vencimento;

II - fluirá a partir do primeiro dia útil após o envio da comunicação.

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;

II - quando por remessa via postal:

a) tratando-se de correspondência com “Aviso de Recebimento” (AR), na data de entrega consignada no AR;

b) tratando-se de correspondência registrada, 10 (dez) dias após a data da expedição da correspondência

III - se efetuada por edital, 3 (três) dias após a sua publicação (destacamos).

E também do art. 127-D da Lei estadual 3956/81, institutiva do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), com o seguinte teor:

Art. 127-D. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sendo que:

I - a Secretaria da Fazenda utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:

a) cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;

b) encaminhar notificações e intimações;

c) expedir avisos em geral;

II - a comunicação eletrônica somente será implementada após credenciamento do sujeito passivo na forma prevista em regulamento;

III - ao sujeito passivo credenciado será atribuído registro e acesso ao DT-e com tecnologia que preserve o sigilo, a identificação, a autenticidade e a integridade das comunicações.

Parágrafo único. A comunicação eletrônica nos termos deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais, observando-se o seguinte:

I - considerar-se-á realizada no dia em que o sujeito passivo acessá-la;

II - nos casos em que o acesso se dê em dia não útil, será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte;

III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo;

Nota: A redação atual do inciso III, do Parágrafo único do art. 127-D foi dada pela Lei nº 14.183 de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19.

Redação anterior dada ao inciso III, do Parágrafo único, tendo sido acrescentado juntamente com o art. 127-D efeitos até 12/12/19: "III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo "

IV - no interesse da Administração Pública, a comunicação com o sujeito passivo credenciado poderá ser realizada mediante outras formas previstas na legislação.

Afastado o pleito.

Já no enfrentamento de mérito, não há dúvidas de que a autuada é uma empresa geradora de energia elétrica, produzida pela força dos ventos. Neste sentido, precisa trabalhar com aerogeradores.

Dito isso, vamos à análise de cada irregularidade.

Infração 01.

A discussão aqui travada remete ao ponto de os produtos alcançados pela autuação estarem bafejados por isenção ou não, prevista no Conv. ICMS 101/97. Se não estiverem, cabe a cobrança do diferencial de alíquota.

Assim está dito no citado acordo interestadual, na redação vigente quando da ocorrência dos fatos geradores autuados:

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:

...

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;

A contemplação na legislação baiana do Conv. ICMS 101/91 encontra-se no art. 264, XIX do RICMS-BA, abaixo reproduzido:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

...

XIX - as operações com os equipamentos e acessórios para aproveitamento das energias solar e eólica especificados no Conv. ICMS 101/97, desde que beneficiadas com isenção ou tributadas com alíquota zero do IPI;

Os produtos afetados na autuação são aqueles listados às fls. 08 e 09 e partiram do raciocínio de possuírem outra NCM, apesar de na EFD o contribuinte ter indicado uma NCM prevista no citado acordo interestadual.

Por sua vez, o fornecedor *Wobben* declarou que fatura o aerogerador contra a autuada, mas faz as remessas parcialmente para a mesma, por partes ou peças, “onde ocorre levantamento das torres, encaixe das peças e condicionamento” (sic; fl. 145). Faz, portanto, a montagem do equipamento no próprio local do cliente, conforme demonstra o contrato anexado às fls. 179 a 222.

Extensa lista de materiais é apresentada pela empresa fornecedora, consoante se tira das fls. 147 a 175, entre os quais estão aqueles alcançados pela ação fiscal. Dê-se destaque para os itens nominados de *SIKA Grout* e *Sikadur*, de maior expressão monetária no levantamento fiscal, que nada mais são do que *argamassas de grande poder de fixação, conforme retirado do site do fornecedor*, link

<https://bra.sika.com/pt/serp.html?filterPath=%2Fcontent%2Fbr%2Fmain%2Fpt%2F44282%2F49850&q=sikadur&box=Top>

Induvidosamente, tais produtos são usados nas torres de suporte dos aerogeradores, entre outras aplicações, sendo classificáveis como partes deste objeto, de sorte que são enquadrados na isenção perseguida. A adoção da NCM sujeita ao benefício, embora diferente do seu correto enquadramento, apenas serviu para vincular as remessas parciais ao produto faturado.

Portanto, estando a operação de venda interestadual isenta, não há que se falar em diferença de alíquota.

Há precedente deste Conselho, aliás alertado pela impugnante, vindo de empresa do mesmo segmento, tratando praticamente dos mesmos produtos, mas agora com decisão administrativa de segundo grau (Ac. CJF N° 0002-11/22-VD), proferida no PAF 279757.0078/20-0, cuja ementa foi a seguinte:

PROCESSO - A. I. N° 279757.0078/20-0 RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL RECORRIDOP - MUSSAMBÊ ENERGÉTICA S.A. RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4^a JJF n° 0151-04/21-VD ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/03/2022 1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF N° 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 insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Cobrança improcedente.

Infração 02.

A controvérsia aqui instalada reside no fato dos itens acondicionadores terem retornado ou não ao estabelecimento remetente. Se não retornaram, caberia a exigência do diferencial de alíquota.

Se retornaram, é de se aplicar o disposto no Conv. ICMS 88/91, cláusula segunda, abaixo copiada, isto é, ou a própria via adicional da nota fiscal de saída dos recipientes serve para acobertar o seu retorno ou o próprio remetente pode emitir a nota fiscal de entrada:

Cláusula primeira - Ficam isentas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS:

I - a saída de **vasilhames, recipientes e embalagens**, inclusive sacaria, quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicione e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular;

II - a saída de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, **em retorno** ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular ou a depósito em seu nome.

III - as saídas relacionadas com a destroca de botijões vazios (vasilhame) destinados ao acondicionamento de gás liquefeito de petróleo (GLP), promovidas por distribuidor de gás, como tal definido pela legislação federal específica, seus revendedores credenciados e pelos estabelecimentos responsáveis pela destroca dos botijões.

Cláusula segunda - Na hipótese do inciso II da cláusula primeira, o trânsito será acobertado **por via adicional da Nota Fiscal relativa à operação de que trata o inciso I ou pelo DANFE referente à Nota Fiscal Eletrônica de entrada referente ao retorno.**

No atendimento da diligência pela impugnante, o fisco reconheceu parcialmente a procedência da tese defensiva, mantendo ainda algumas operações, cujas notas fiscais de retorno, segundo seu entendimento, não se atrelaram aos documentos fiscais de ida.

Acontece que nos casos inadmitidos pelo fisco a operação foi triangular, ou seja, a *Wobben* enviou os recipientes para a *Engebasa* que por sua vez os reenviou para a autuada, por conta e ordem da primeira. As próprias notas fiscais de remessa serviram para acobertarem o retorno, da autuada para a *Engebasa*, com emissão de nota de entrada pela *Wobben*.

Cobrança improcedente.

Pedido de redução de multa de 60% para 50% fica prejudicado.

Isto posto, é o Auto de Infração julgado IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0081/20-1**, lavrado contra **MORRO BRANCO I ENERGÉTICA S/A**.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, 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, 10 de novembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR