

\PROCESSO - A. I. Nº 279757.0081/20-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MORRO BRANCO I ENERGÉTICA S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0206-05/23-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.06.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0130-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. OPERAÇÃO DE AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS ATIVO FIXO OU CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Mercadorias abrangidas pela isenção do ICMS DIFAL por se tratarem de aquisição de materiais empregados nas torres para suporte ou no próprio aerogerador, conforme previsto na cláusula primeira, XIII, “b”, do Convênio ICMS 101/97, ou pelo diferimento do ICMS-DIFAL, previsto no benefício do DESENVOLVE, para os bens do ativo utilizados para acondicionamento das peças dos aerogeradores e torres, com retorno ao estabelecimento remetente. Infrações insubsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida, através do Acórdão nº 0206-05/23-VD, desonerado integralmente o sujeito passivo do crédito tributário originalmente exigido, em montante superior a R\$ 200.000,00 (fl. 313), conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, cujo Auto de Infração, lavrado em 29.10.2020, exige o ICMS no valor histórico de R\$ 107.893,12, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de:

Infração 01 - 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 46.973,40, decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, não amparadas pelo benefício da isenção prevista no Convênio ICMS 101/97, com NCM declarado nas notas fiscais em desacordo com a legislação tributária, nos meses de novembro e dezembro de 2015; janeiro a março e setembro de 2016.

Infração 02 - 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 60.919,72, decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e para consumo do próprio estabelecimento, referentes às entradas de materiais de embalagens e acondicionamento (dispositivo de içamento, suporte da coroa do rotor, twist lock, dispositivo H de aço, adaptador transporte), com benefício da isenção prevista no Conv. ICMS 88/91, sem comprovação do efetivo retorno ao estabelecimento remetente, nos meses de janeiro a março e maio de 2016.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Improcedente, diante das seguintes razões de mérito:

VOTO

[...]

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 SIKKA 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](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 Nº 0002-11/22-VD), proferida no PAF 279757.0078/20-0, cuja ementa foi a seguinte:

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0078/20-0 RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL RECORRIDOP - MUSSAMBÊ ENERGÉTICA S.A. RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JF nº 0151-04/21- VD ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/03/2022 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF 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.

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.

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi por julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida desonerado o sujeito passivo de crédito tributário em montante superior a R\$ 200.000,00, como previsto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida pela improcedência do Auto de Infração está perfeita quanto ao resultado, não merecendo qualquer modificação quando da análise do Recurso de Ofício interposto, inerente ao Acórdão de nº 0206-05/23-VD, eis que restou comprovado que, inerente à infração 1, os produtos adquiridos foram usados nas torres de suporte dos aerogeradores, sendo classificáveis como partes deste objeto e, em consequência, enquadrados na isenção prevista no art. 264, XIX do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA) e Convênio ICMS 101/97, conforme consignado (fl. 20 v), a saber: “*Ou seja, tratam-se de bens que foram adquiridos para compor o ativo imobilizado da IMPUGNANTE para montagem de sua usina geradora de energia eólica e que são acobertados pela isenção de ICMS, por se configurar como aerogeradores de energia eólica e as partes e peças que o compõem, conforme expressamente previsto nos itens VIII e XIII, da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 101/97.*”

Ressalte-se que, conforme consignado na Decisão recorrida, tais insumos, listados às fls. 08 e 09 dos autos, a exemplo de: parafusos, porcas, arruelas, abraçadeiras, plataforma de descanso, eixo de posicionamento, mangueira para sucção, cabos estator, rebite, válvulas, para-raios, anel de vedação, sika, espuma de montagem, etc., apesar de nos documentos fiscais possuírem outra NCM, o recorrido indicou na EFD uma NCM prevista no citado acordo interestadual (Conv. ICMS 101/97) e, por sua vez, o fornecedor Wobben declarou que fatura o aerogerador contra a autuada, mas faz as remessas parcialmente, por partes ou peças, “*onde ocorre levantamento das torres, encaixe das peças e condicionamento*” (fl. 145), realizando, portanto, a montagem do equipamento no próprio local do cliente, como demonstra o contrato anexo às fls. 179 a 222, restando provado que a adoção da NCM sujeita ao benefício, embora diferente do seu correto enquadramento, apenas serviu para vincular as remessas parciais ao produto faturado. Assim, concluiu a JJF que “*Portanto, não há que se falar em diferença de alíquota*”.

Válido registrar que, apesar de o autuante, quando da diligência (fl. 272), ter concluído que as mercadorias relacionadas no demonstrativo de fls. 8 e 9 dos autos não estão compreendidas no

Convênio ICMS 101/97 e, portanto, não estão beneficiadas pela isenção, mantendo a infração 1, restou comprovado que as citadas mercadorias são abrangidas pela isenção do ICMS DIFAL, por se tratarem de aquisição de materiais empregados nas torres para suporte ou no próprio aerogerador, como demonstrado às fls. 147 a 175 dos autos, já que, conforme precedente insito no Acórdão CJF nº 0002-11/22-VD deste CONSEF, “... 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**” (grifo nosso), conforme excerto:

“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.”

Para corroborar tal entendimento, destaco que a alínea “b”, do inciso XIII, da cláusula primeira do Convênio ICMS 101/97, abaixo transcrita, estabelece a isenção do ICMS nas operações **com partes e peças utilizadas em torres para suporte** de energia eólica, torres estas sob NCM/SH: 7308.20.00 - 7308.90.90, as quais, consoante TIPI, são:

Convênio ICMS 101/97

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:

[...]

b) em **torres para suporte** de energia eólica, classificadas no código 7308.20.00 - 7308.90.90;

TIPI:

73.08	Construções e suas partes (por exemplo, pontes e elementos de pontes, comportas, torres, pórticos, pilares, colunas, armações, estruturas para telhados, portas e janelas, e seus caixilhos, alizares e soleiras, portas de correr, balaustradas), de ferro fundido, ferro ou aço, exceto as construções pré-fabricadas da posição 94.06; chapas, barras, perfis, tubos e semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construções.
-------	---

[...]

7308.20.00	Torres e pórticos
------------	-------------------

[...]

7308.90.90	Outros
------------	--------

Diante de tais considerações, concordo com a Decisão recorrida pela Insubsistência da infração 1.

No tocante à infração 2, também entendeu a JJF que os produtos adquiridos, relacionados às fls. 10/11 do PAF, destinaram-se ao acondicionamento e retornaram ao estabelecimento remetente e, nesta condição, são isentos do ICMS nos termos do Convênio ICMS 88/91, sendo descabida a exigência do ICMS diferencial de alíquota, cujo fato foi parcialmente reconhecido pelo autuante (fl. 273), mantendo ainda algumas operações, cujas notas fiscais de retorno, segundo ele, não se atrelaram aos documentos fiscais de ida. Porém, nestes casos, concluiu a JJF que a operação foi triangular, ou seja, as próprias notas fiscais de remessa serviram para acobertarem o retorno, da autuada para a Engebasa, com emissão de nota de entrada pela Wobben.

De início, se os itens utilizados para acondicionar (suporte de fixação, dispositivo de içamento, adaptador de transporte, capa, etc.) as vendas das peças dos aerogeradores e torres não retornassem, classificariam como materiais de embalagens e não como “ativo fixo e/ou consumo

do próprio estabelecimento”, o que ensejaria a insubsistência da exação do ICMS-DIFAL, ora em análise.

Vislumbro que o disposto no Convênio ICMS 88/91 não se aplica ao caso concreto da exigência o ICMS decorrente da diferença entre alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao “ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento”, pois tal regramento trata da isenção das saídas subsequentes às aquisições destes materiais de acondicionamento, na hipótese de retornarem. Porém, no caso em exame, o fato-gerador decorre da operação anterior, ou seja, na aquisição destes bens destinados ao acondicionamento, independentemente daquele fato superveniente.

Contudo, sob a fundamentação de que a Resolução nº 032/2014 do DESENVOLVE (fl. 110) contempla o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo ao diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao “ativo fixo”, **por ser** a recorrida habilitada no referido programa, com também em razão do diferimento previsto nos termos do art. 286, XXV, c/c § 15 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), concluo ser Insubsistente a infração 2.

Do exposto, ratifico a Decisão recorrida e 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 apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279757.0081/20-1, lavrado contra **MORRO BRANCO I ENERGÉTICA S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS