

A. I. Nº - 232884.0011/17-2
AUTUADO - SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e EDUARDO TADEU SANTANA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/12/2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0214-01/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. As operações objeto da autuação, cujas informações sobre datas, números de documentos, destinatários, mercadorias, valores e imposto, entre outras, foram apresentadas pelos auditores, dizem respeito a transferências interestaduais que o sujeito passivo entendeu alcançadas pela isenção de que trata o Convênio ICMS 101/1997, mas que os autuantes concluíram, acertadamente, que não. A Fiscalização acatou parcialmente as razões defensivas e elaborou revisão. Infração parcialmente elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado no dia 29/09/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$475.012,92, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação do cometimento da seguinte irregularidade, *in verbis*: “*Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Nas sucessivas saídas interestaduais de mercadorias não beneficiadas com a isenção prevista no Convênio ICMS 101/97, destinadas a estabelecimentos nos Estados do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Piauí e Ceará, conforme demonstrativo Anexo C, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue à Autuada*” – 02.01.03 (fevereiro a abril, junho e agosto a dezembro de 2013, maio a agosto e outubro a dezembro de 2014).

O contribuinte apresenta impugnação às fls. 28 a 36.

Inicialmente, informa as atividades a que se dedica, de assessoria técnica na área de energia elétrica (geração, distribuição e instalação industrial), execução e prestação de serviços de engenharia civil, projetos, construção, instalação e montagens de redes de transmissão de energia, bem como comercialização, importação, exportação e representação de máquinas, peças e equipamentos para geração e cogeração de energia, telecomunicação, componentes elétricos e eletrônicos.

O estabelecimento da Bahia é uma unidade fabril, com ênfase na industrialização de equipamentos para a geração de energia eólica, notadamente na fabricação de pás, torres metálicas, montagem de aerogeradores etc.

Suscita preliminar de nulidade, sob o argumento de que os auditores, na descrição dos fatos, tomaram como fundamento apenas o Convênio ICMS 101/1997, deixando para segundo plano as outras situações que justificaram a lavratura, o que gerou insegurança na determinação da infração (anexo “C” do Auto).

Entende que a Fiscalização esqueceu outros fatores que justificaram a ausência de recolhimento do ICMS sobre as operações indicadas no anexo “C”, a exemplo do cancelamento dos correspondentes documentos fiscais (doc. 04); saídas interestaduais de materiais de embalagem, desoneradas por meio do Convênio ICMS 88/1991 (doc. 05); além de remessas de bens do ativo

imobilizado, cujas saídas não representam fatos geradores do ICMS (doc. 06).

No mérito, volta a indicar notas fiscais canceladas (nºs 465, 1.396, 1.807, 2.162 e 2.163), com autorizações para cancelamentos expedidas pelo órgão de Administração Tributária do Estado da Bahia (doc. 04).

As operações de transferências interestaduais de materiais de embalagem entre estabelecimentos de mesma titularidade são aquelas de que tratam as Notas Fiscais nºs 1.899, 1.930, 1.974, 2.054, 2.055, 2.088, 2.089, 2.164, 2.202, 2.256, 2.379, 2.442, 2.465 e 7.931 (Convênio ICMS 88/1991; doc. 05).

Trata-se de materiais para acondicionamento dos produtos transferidos.

O Convênio em referência (ICMS 88/1991) exige que, quando da remessa do material de embalagem para terceiro, este deve retornar posteriormente ao mesmo estabelecimento ou a outro do mesmo titular. Se as remessas autuadas se deram entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, o requisito relativo à necessidade de retorno está plenamente atendido, se é que cabível à hipótese.

Aponta o exemplo da Nota Fiscal nº 1.930, segregada daquelas que documentam as vendas das respectivas mercadorias, inferindo que os materiais de embalagem, mantidos entre os estabelecimentos do autuado, não compuseram os valores das mercadorias vendidas.

O Convênio ICMS 88/1991 disciplina a incidência somente nos casos em que há cobrança sem retorno ao estabelecimento de quem promove a saída.

Em seguida, argumenta que o ICMS não incide nas remessas interestaduais aos efetivos adquirentes de mercadorias importadas (doc. 06; Notas Fiscais nºs 95, 2.176, 2.885, 5.026, 5.672, 5.673, 5.674, 6.754, 7.233 e 7.305).

O ICMS importação foi recolhido aos Estados em que se encontram situados os estabelecimentos adquirentes, o que sequer foi questionado pela Fiscalização. A emissão das notas de transferência se prestou única e exclusivamente à viabilização dos transportes.

Sustenta que as remessas foram efetuadas unicamente para viabilizar o deslocamento das mercadorias importadas aos seus reais adquirentes, estabelecidos em outros Estados. Com isso, conclui pelo afastamento da exigência do imposto em relação às Notas Fiscais nºs 95, 2.176, 2.885, 5.026, 5.672, 5.673, 5.674, 6.754, 7.233 e 7.305 (docs. 06).

Pleiteia a dedução do imposto referente aos Documentos Fiscais nºs 1.455, 1.702, 1.746 e 1.747. O de nº 1.455 teve o ICMS adequado por meio da emissão do Documento Complementar nº 1.561, enquanto os de nºs 1.702, 1.746 e 1.747 foram objeto de retificação por meio de cartas de correção para fins de ajuste do NCM 85030090, que possui previsão no Convênio ICMS 101/1997 (doc. 07; ajustes para fins de complementação do tributo exigido e para adequação à norma que prevê a isenção aplicável aos equipamentos destinados à geração de energia eólica).

Finaliza requerendo o acolhimento da defesa.

Na informação fiscal, de fls. 264 a 271, um dos auditores refuta a preliminar de nulidade e, no mérito, confirma o cancelamento das Notas Fiscais nºs 465, 1.396, 1.807, 2.162 e 2.163, cujos respectivos valores foram deduzidos.

Na sua concepção, as mercadorias designadas nas Notas Fiscais nºs 1.899, 1.930, 1.974, 2.054, 2.055, 2.088, 2.089, 2.164, 2.202, 2.256, 2.379, 2.442, 2.465 e 7.931 não são beneficiadas pela isenção prevista no Convênio ICMS 88/1991.

Por exemplo, a Nota Fiscal nº 1.930 traz em seu campo de informações complementares a seguinte informação: “NF’s de venda da TECSIS 4387 e 4388, série 04”.

Os referidos documentos (4.387 e 4.388) foram emitidos por TECSIS TEC E SISTEMAS AVANÇADOS S/A, em Sorocaba-SP, no dia 23/08/2013, para dar entrada no estabelecimento no mês de setembro. Na data de 11/09/2013 ocorreu a saída respectiva, acobertada pela Nota Fiscal nº 1.930, sob o CFOP 6.552 – transferência de bem do ativo permanente.

Todos os documentos citados pelo impugnante acobertaram saídas da mercadoria EMB. DE TRANSP. DUPLO PA G97 TECSIS, a título de transferências de bens do ativo imobilizado, sob o CFOP 6.552, com alusões às aquisições junto à TECSIS TEC E SISTEMAS AVANÇADOS S/A (CFOP 6.920, sem retorno sob o CFOP 2.921).

As mercadorias foram adquiridas com utilização de crédito e transferidas logo em seguida, em curtíssimo espaço de tempo. Ressalta que o autuado não se apropria do crédito nas entradas de tais bens como se fossem do imobilizado, ou seja, à razão de 1/48, e destaca o curto lapso temporal entre a entrada e a saída.

Reconhece que o defendantem emitiu a Nota nº 1.561 como complemento da Nota nº 1.455, relativamente ao ICMS não destacado, motivo pelo qual exclui do lançamento o valor referente à segunda (nº 1.455).

Não acolhe os argumentos sobre remessas interestaduais para os efetivos compradores de mercadorias importadas, pois o estabelecimento fiscalizado é uma unidade fabril.

A Nota nº 95 diz respeito ao complemento de preço da nota nº 2.906. Entretanto, esta última contém o diferimento previsto no Programa DESENVOLVE, o que também ocorre na nota nº 2.885, referente à importação por meio da Nota nº 05.

Desembaraçar sem que se faça nenhum tipo de beneficiamento/industrialização no estabelecimento situado no Estado da Bahia, em porto tão distante do destino das mercadorias, onerando custos com transporte é algo bem incomum. Junta fotos de demonstração do que denomina onerosa logística para o transporte do equipamento (hélice).

Aceita a tese defensiva referente aos documentos objeto de cartas de correção e de notas complementares, afastando o imposto exigido.

Quanto aos DANFEs (Documentos Auxiliares de Notas Fiscais Eletrônicas) nºs 1.702, 1.746 e 1.747, concernentes ao item TRAFO 34,5-0,69KV2350KVA60HZ-170ANSI-IEC, não contém código NCM/SH previsto no Convênio ICMS 101/1997.

Requer a procedência parcial da autuação.

Ao se manifestar (fls. 299 a 305), a sociedade empresária ratifica os fundamentos e os pedidos da impugnação.

Na segunda informação, de fls. 307 a 314, o auditor reitera o que já havia dito.

VOTO

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois a Fiscalização expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, anexos, informações e cálculos.

Inexistente violação ao Princípio do Devido Processo Legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na defesa.

As operações objeto da autuação, cujas informações sobre datas, números de documentos, destinatários, mercadorias, valores e imposto, entre outras, foram apresentadas pelos auditores na planilha de fls. 12/13, dizem respeito a transferências interestaduais que o sujeito passivo entendeu alcançadas pela isenção, de que trata o Convênio ICMS 101/1997 (fls. 14 a 16), mas que o Fisco concluiu que não.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, o citado Acordo interestadual, com texto colacionado às fls. 14 a 16, dispõe sobre a

isenção do ICMS nas operações com os produtos que indica, juntamente com os seus respectivos códigos da NCM/SH (Nomenclatura Comum do Mercosul – Sistema Harmonizado).

De forma acertada, as Notas nºs 465, 1.396, 1.807, 2.162 e 2.163 – apresentadas às fls. 78 a 103 (doc. 04 da impugnação) -, tiveram os respectivos cancelamentos reconhecidos pela Fiscalização, que deduziu o imposto correlato.

Igualmente acolhida a impugnação relativa aos documentos objeto de cartas de correção e de notas complementares, com o afastamento do imposto deles constantes.

Todavia, os Documentos Fiscais nºs 1.702, 1.746 e 1.747 (fls. 12 e 21), relativos ao item TRAFO 34,5-0,69KV2350KVA60HZ-170ANSI-IEC, não contêm código NCM/SH previsto no Convênio ICMS 101/1997. O código NCM/SH deles constante é o de nº 85043111, que não está previsto no citado Acordo.

Em referência às supostas transferências interestaduais de materiais de embalagem entre estabelecimentos de mesma titularidade (Notas Fiscais nºs 1.899, 1.930, 1.974, 2.054, 2.055, 2.088, 2.089, 2.164, 2.202, 2.256, 2.379, 2.442, 2.465 e 7.931), na verdade, as operações foram efetivadas a título de transferências de bens do ativo imobilizado (doc. 05 da defesa).

Por exemplo, às fls. 106 e 110, verifica-se que o CFOP utilizado foi o de nº 6.552 – transferências de bens do ativo imobilizado, e não de material de embalagem.

A esse respeito, o auditor informou e o contribuinte não contestou, tornando incontrovertido o fato de que os documentos acobertaram saídas da mercadoria EMB. DE TRANSP. DUPLO PA G97 TECSIS, a título de transferências de bens do ativo imobilizado, sob o CFOP 6.552, com alusões às aquisições junto à TECSIS TEC E SISTEMAS AVANÇADOS S/A (CFOP 6.920, sem retorno sob o CFOP 2.921).

Além disso, as mercadorias foram adquiridas com utilização integral de crédito e transferidas logo em seguida, em breve espaço de tempo. O autuado não se apropriou do crédito nas entradas à razão de 1/48. Efetuou a apropriação integral. Na hipótese de desoneração das saídas, configurar-se-ia uma autêntica cumulatividade às avessas.

A Nota Fiscal nº 1.930, de fls. 109 a 113, traz em seu campo de informações complementares a seguinte informação: “*NF's de venda da TECSIS 4387 e 4388, série 04*”.

Os referidos documentos (4.387 e 4.388, de fls. 274/275), foram emitidos por TECSIS TEC E SISTEMAS AVANÇADOS S/A, em Sorocaba-SP, no dia 23/08/2013. Na data de 11/09/2013, ocorreu a saída dos bens, acobertada pela nota fiscal nº 1.930, sob o CFOP 6.552 – transferências de bens do ativo permanente.

Não se aplicam à presente situação, as normas do Convênio ICMS 88/1991, que cuidam da isenção do imposto nas saídas de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacarias, quando não cobrados do destinatário ou não computados nos valores das mercadorias que acondicionem, desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular.

Não foi comprovado que as notas fiscais constantes do doc. 05, objeto da exigência fiscal, foram emitidas quando do efetivo trânsito das mercadorias acondicionadas transferidas.

Quanto às transferências de mercadorias importadas (notas fiscais juntadas às fls. 172 a 260), o defensor assegurou que o ICMS importação foi recolhido aos Estados em que se encontram situados os estabelecimentos adquirentes, o que sequer teria sido questionado pela Fiscalização. Alegou que a emissão das notas de transferência ocorreu exclusivamente para viabilizar os transportes.

A Fiscalização contestou de forma veemente tal argumentação da defesa, juntando fotografias e documentos fiscais. Destes últimos não constam notas de transferência para mera viabilização de transportes.

Por exemplo, o DANFE nº 95 (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica), refere-se ao complemento de preço do DANFE nº 2.906 (vide campos das informações complementares de fls. 288/289). O segundo DANFE, nº 2.906, que é o da efetiva importação, contém o diferimento previsto no art. 286, LII do RICMS-BA/2012, o que também ocorre naquele de nº 2.885, referente à importação por meio do DANFE nº 05 (fls. 290/291).

Acolho a revisão de fl. 271, elaborada pelo Fisco, de modo que o valor do lançamento de ofício seja alterado, de R\$ 475.012,92, para R\$ 440.442,67.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232884.0011/17-2, lavrado contra **SIEMENS GAMESA ENERGIA RENOVÁVEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$440.442,67**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR